

UTVISNING AV STRAFFEDØMTE UTLENDINGER -

NOU 2004:20 under lupen.

Kandidatnummer: 243

Veileder: Kristian Andenæs

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 17969 ord

23.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>GJELDENDE RETT</u>	<u>5</u>
3.1	Vedtaksmyndighet og saksgang	5
3.2	Tillatelsesgrunnlagene	6
3.3	Utvisning av straffedømte utlendinger uten formelt tillatelsesgrunnlag	8
3.4	Utvisning av straffedømte utlendinger med arbeids- eller oppholdstillatelse	9
3.5	Utvisning av straffedømt utlending som fyller kravene til bosettingstillatelse	10
3.6	Utvisning av straffedømt EØS/-EFTA-borgere	10
3.7	Utvisning av straffedømt utlending som har søkt asyl	12
3.7.1	Asylsøkere som avventer endelig svar på asylsøknaden sin	13
3.7.2	Utlending som har fått endelig avslag på asylsøknaden sin men som ikke kan returneres til hjemlandet sitt	13
3.8	Forholdsmessighetsvurderingen	15
3.9	Unntak om utlending som er født i Norge	19
3.10	Internasjonal lovgivning og praksis	19
3.11	Konsekvensene av utvisning	23
3.11.1	Innreiseforbudet	24
3.11.2	Innmelding i SIS	24

3.12	Oppsummering av gjeldende rett	25
<u>4</u>	<u>NOU 2004:20</u>	<u>27</u>
4.1	Tillatelsesgrunnlagene	27
4.2	Utvisning av straffedømt utlending uten formelt tillatelsesgrunnlag	28
4.3	Utvisning av straffedømt utlending med midlertidig oppholdstillatelse	28
4.4	Utvisning av straffedømt utlending som har fått innvilget permanent oppholdstillatelse	29
4.4.1	Krav om innvilget permanent oppholdstillatelse	29
4.5	Utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borger	30
4.5.1	Tanker rundt utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borger og utvisning av andre	31
4.6	Utvisning av straffedømt utlending som har søkt asyl i Norge	32
4.6.1	Utlending som avventer endelig svar på asylsøknad	32
4.6.2	Utlending som har fått endelig svar på asylsøknad men som ikke kan returneres til hjemlandet sitt	32
4.6.3	De alternative oppholdsgrunnlagene i forsl. §§ 85 og 48	34
4.7	Forholdsmessighetsvurderingen	35
4.8	Unntak om utlending født i Norge	36
4.8.1	Krav om "uavbrutt fast bopel"	36
4.8.2	Burde denne beskyttelsen også gjelde utlendinger som kom til Norge som meget unge?	37
4.9	Vedtaksmyndighet og saksgang	38
4.9.1	Iverksetting av vedtak som ikke er endelig	39
4.10	Konsekvensene av utvisning	40
4.10.1	Innreiseforbudet	40
4.10.1.1	Generelle vurderinger av de foreslåtte reglene rundt innreiseforbudet	40
4.10.2	Innmelding i SIS	41
<u>5</u>	<u>DE LEGE FERENDA</u>	<u>42</u>

5.1	Bør avgjørelseskompetansen ligge hos domstolene?	42
5.2	Bør utvisning klassifiseres som straff?	43
5.3	Om strafferammen som utgangspunkt for utvisning	45
5.4	Hvilken plass bør momentet om gjentakelsesfare ha ved utvisning?	47
5.5	Burde det være adgang til å utvise barn?	51
5.6	Er forholdsmessighetsvurderingen utformet på best mulig egnet måte?	52
<u>6</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>56</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>

1 Innledning

Justiskomiteen uttalte i Innst.O.nr.92 (1987-88) om ny utlendingslov (nåværende utlendingslov) at

”det vil være i strid med den alminnelige rettsoppfatning i befolkningen hvis myndighetene ikke skal ha adgang til å utvise utlendinger som gjør seg skyldig i alvorlige forbrytelser. Komiteen mener det vil være til skade også for innvanderne som gruppe.”¹

Dette oppsummerer den generelle og prinsipielle begrunnelsen bak adgangen forvaltningen i dag har til å utvise utlendinger som er bevist skyldige i å ha utført visse kriminelle handlinger i Norge. Et vedtak om utvisning er todelt på konsekvenssiden, og innebærer for det første at utlendingen tvangssendes ut av Norge og tilbake til hjemlandet sitt, og for det andre at det blir utferdiget et innreiseforbud for vedkommende – altså slik at utlendingen ikke har tilgang til å reise tilbake til Norge igjen. Innreiseforbudet kan enten gjøres varig eller tidsbegrenset. Utvisning er med dette et av de mest inngripende vedtak forvaltningen generelt sett kan fatte, særlig med tanke på at en ”utlending” kan være alt fra turisten som er her et par uker på sommeren til en person som har bodd i Norge i en definitiv overvekt av sitt liv og som kanskje ikke engang snakker sitt opprinnelige hjemlands språk; ”utlending” defineres utelukkende som en som ikke har norsk statsborgerskap². Med slike variasjoner er man nødt til å foreta en juridisk balansert og altomfattende avveining i hvert eneste konkrete tilfelle, og det er her enkelte stiller seg kritiske til utformingen av nåværende regelverk og dermed praksisen på området. På bakgrunn av dette er antakelig NOU 2004:20 om ny utlendingslov et tildels etterlengtet lovforslag, og manges øyne er nok kritisk rettet mot det nye utvisningsregelverket som foreslås. En gjennomgang av det nye foreslåtte regelverket er hensikten med denne oppgaven; NOUen skal altså i denne forstand

¹ NOU 2004:20 (heretter ”NOU”) om ny utlendingslov s. 303.

² Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 (heretter ”utl.”) § 48 første ledd første punktum.

under lupen, hvorav både videreføringer, endringer, reduksjoner og tilføyelser skal vurderes juridisk. Siktemålet med oppgaven er om utvalgets forslag til nye utvisningsregler – etter en hensiktsmessig vurdering – må anses å være så gode som de bør og kan være, sett på bakgrunn av de rettssikkerhetsmessige hensyn som melder seg. Mitt valg av dette temaet for oppgaven begrunnes i en spesiell interesse for utlendingsretten og i at innvandrere til Norge garanteres rettssikkerhet – hvilket jeg synes er særlig viktig ved reglene om utvisning av straffedømte utlendinger. Et slikt skjønnsmessig regelverk som vi har i dag åpner for ulike løsninger, noe som kan true utlendingers rettssikkerhet i Norge.

Utvisningsinstituttet består også av andre utvisningsgrunner enn straffbar handling begått i Norge, og de skal ikke behandles i denne oppgaven. Disse er:

- brudd på utlendingsloven,
- straffbar handling begått i utlandet,
- hensynet til rikets sikkerhet ("grunnleggende nasjonale interesser" etter lovforslaget i NOU) samt
- overtredelse av terrorismeparagrafene i straffeloven³ §§ 147 a eller 147 b samt å ha gitt "trygt tilholdssted" til noen som har begått slik forbrytelse.

Det som heller ikke skal behandles i denne oppgaven og som må avgrenses mot utvisning, er *bortvisning*, hvilket innebærer et vedtak om tvangsutsendelse av Norge - men det inneholder ikke som et utvisningsvedtak et forbud mot senere innreise hit. Videre må utvisning også skilles fra *utlevering*, som omhandler de tilfellene hvor siktede, tiltalte eller domfelte i en sak i et annet land blir utlevert til vedkommende land for straffeforfølgning eller domsfullbyrdelse.

Den videre fremstillingen av temaet vil i all hovedsak bestå av tre hoveddeler. For det første er det en gjennomgang av gjeldende rett på området. For det andre en gjennomgang av selve lovforslaget i NOU, og i forhold til dette vil det bli foretatt løpende vurderinger. Deretter vil det være en egen hoveddel hvor mer overordnede og prinsipielle spørsmål vil

³ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (heretter "strl.").

bli stilt og drøftet - og helt avslutningsvis en konklusjon på hele oppgaven, hvor jeg søker å presentere mitt eget forslag på det beste utvisningsregelverket hva angår utlendinger som har begått straffbare handlinger i Norge. Hver enkelt hoveddel vil bestå av en egen innledning hvor detaljene i hoveddelen vil bli introdusert. Delen som består i en gjennomgang av gjeldende rett samt delen som består av en gjennomgang av lovforslaget i NOU vil i denne sammenheng søkes synkronisert slik at behandlingen av de enkelte temaene innenfor disse hovedtemaene lettere kan følges.

2 Rettskilder

De primære rettskildene i denne oppgaven vil naturlig nok bli NOU samt gjeldende utlendingslov av 1988. Videre vil forarbeidene til gjeldende utlendingslov bli benyttet noe, da i form av Ot.prp.nr 46 (1986-87). Med hjemmel i utlendingsloven og forvaltningsloven er det også opprettet en egen utlendingsforskrift⁴, som også vil bli av betydning.

Bestemmelsene i EMK⁵ er i denne sammenheng også sentral, særlig artikkel 8 om retten til familieliv. EMK er også via menneskerettsloven⁶ § 2 gjort til norsk rett, samt skal også ha forrang foran annen norsk rett ved motstrid via § 3. I og med at loven i seg selv er så skjønnspreget vil også domspraksis bli sentralt. Her vil høyesterettspraksis nok være den primære rettskilden, men internasjonal domspraksis – da særlig praksis ved EMD⁷ samt eventuell praksis ved EU-domstolen – vil også være av betydning.

⁴ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21. desember 1990 nr. 1028 (heretter ”utlf”).

⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjon.

⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.

⁷ Den europeiske menneskerettsdomstol, opprettet i medhold av EMK artikkel 19.

3 Gjeldende rett

I dette kapitlet tilsiktes en konkret gjennomgang av gjeldende rett hva angår utvisning av straffedømte utlendinger, og først behandles kompetansereglene og ellers saksgangen i en utvisningssak. Videre har jeg vurdert det hensiktsmessig å gjennomgå de ulike oppholdsgrunnlagene utlendinger befinner seg på her i Norge, da utvisningsreglene i stor grad baserer seg på denne inndelingen i sin utforming. De enkelte utvisningsvilkårene vil etter dette gjennomgå med hensyn til hver enkelt av disse oppholdsgrunnlagene, samt dermed en samlet fremlegging av den såkalte *forholdsmessighetsvurderingen* som er bundet opp mot hvert enkelt sett av vilkår i forhold til de forskjellige oppholdsgrunnlagene. Videre blir det fokus på unntaket om utlending som er født i Norge, samt en egen redegjørelse for de relevante internasjonale forpliktelser - og avslutningsvis i dette kapitlet en egen gjennomgang av hva som er konsekvensene av utvisning, nemlig innreiseforbudet og en eventuell innmelding i SIS⁸

3.1 Vedtaksmyndighet og saksgang

Vedtak om utvisning av straffedømt utlending treffes av UDI⁹, jf. utl. § 31, første ledd jf. utl. § 58 syvende ledd - og saken i seg selv initieres av politiet, jf. utl. § 31 annet ledd. Et utvisningsvedtak følger forvaltningslovens¹⁰ regler, og dermed har utlendingen i forbindelse med et utvisningsvedtak krav på et forhåndsvarsel i medhold av fvl. § 16. Forhåndsvarsling er ment som en oppfordring til utlendingen om å benytte seg av den rett

⁸ Schengen Informasjonssystemer, jf. artikkel 96 i Schengen-konvensjonen samt lov av 16. juli 1999 nr. 66 § 7 nr. 2.

⁹ Utlendingsdirektoratet.

¹⁰ Lov om behandlingssåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (heretter "fvl.")

de har etter utl. § 33 første ledd til å uttale seg i saken. Når denne uttalelsen er avgitt og saken ellers anses å være tilstrekkelig opplyst, kan vedtak om utvisning treffes.¹¹ Det foreligger for øvrig en veiledningsplikt hos politiet i utl. § 34, jf. også utlf. § 125. Vedtak om utvisning kan påklages til UNE¹², jf utl. § 38 tredje ledd jf også utlf. § 121 tredje ledd, og vedtaket kan prøves for domstolene eller Sivilombudsmannen, jf. fvl. § 42.

Vedtak om utvisning iverksettes i samsvar med utl. §§ 39, 40 og 41 jf utlf. § 123 første ledd¹³. Utgangspunktet er at et utvisningsvedtak kan iverksettes med en gang, såfremt ikke utlendingen har arbeidstillatelse, oppholdstillatelse eller bosettingstillatelse – eller er nordisk borger som har oppholdt seg lenger i Norge enn to måneder. I disse tilfellene må endelig vedtak foreligge. Dette gjelder også saker hvor utlendingen påberoper seg at det foreligger forhold som beskrevet i utl. § 15 første ledd, det vil si forhold som gjør at utlendingen risikerer forfølgelse eller tortur i det området han sendes til eller sendes gjennom, jf. også utlf. § 121 første ledd. Dette vil ofte være i forbindelse med asylsøkere.¹⁴ I denne sammenheng foreligger det et unntak for de tilfeller hvor UDI finner det ”åpenbart” at det ikke foreligger omstendigheter som nevnt. I de tilfeller hvor utlendingen får medhold i at det foreligger slike omstendigheter vil saken bli vurdert ”på et senere tidspunkt”, men altså senest et år etter løslatelse, jf. utlf. § 126 annet ledd. Den praktiske fremgangsmåten ved utvisning er beskrevet i utl. § 41, men dette skal ikke utdypes nærmere her.

3.2 Tillatelsesgrunnlagene

Den som ønsker å arbeide i Norge eller drive ervervsvirksomhet her må inneha såkalt *arbeidstillatelse*, jf. utl. § 6 første ledd, samt at generelt opphold utover 3 måneder kreves såkalt *oppholdstillatelse*, jf. utl. § 6 annet ledd. Reglene for utstedelse av arbeidstillatelse og oppholdstillatelse følger stort sett hverandre. Nordiske borgere er unntatt kravet om

¹¹ Bunæs 2004 s. 65.

¹² Utlendingsnemda.

¹³ Det er spesielle regler angående utvisning av straffedømte utlendinger fordi vedtaket og iverksettelse av det bør samstemme med fullbyrdelse av den idømte dommen, jf utlf. § 126 første og annet ledd.

¹⁴ Bestemmelsen springer ut av en internasjonal forpliktelse kjent som forbudet mot ”non-refoulement”.

arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge, jf. utl. § 6 tredje ledd; de vil eventuelt isteden utvises etter de egne reglene om utvisning av EFTA-/EØS-borgere.

For utlending som har hatt en ubegrenset form for oppholds- eller arbeidstillatelse sammenhengende i tre år, er det opparbeidet en rett til *bosettingstillatelse*, jf. utl. § 12 første ledd. Utstedelse av slik tillatelse reguleres nærmere i utlf. §§ 43 – 49.

De som kommer til Norge som *flyktninger* kan oppnå tillatelse til opphold i Norge på flere grunnlag:

For det første kan han eller hun fremlegge søknad om asyl, og hvis de formelle vilkårene til å oppnå flyktningestatus er oppfylt kan han eller hun normalt få asyl i Norge, jf. utl. § 17 første ledd jf. § 16. Asylsøkere i Norge oppholder seg her uten noe formalisert tillatelse inntil søknaden er tatt stilling til.¹⁵ En innvilgelse av asylsøknad innebærer etter utl. § 18 første ledd en rett til arbeids- eller oppholdstillatelse, mens et avslag på asylsøknad motsetningsvis innebærer et avslag på tillatelse til å oppholde seg i Norge. Et slikt avslag kan ikke iverksettes før endelig vedtak foreligger, jf. utl. § 40 – og i mellomtiden oppholder altså utlendingen seg fortsatt i Norge uten å være her på noe formelt grunnlag. Asylsøkere som har fått avslag, men som ikke kan returneres i medhold av § 15 første ledd, får ofte oppholdstillatelse i Norge med hjemmel i utl. § 8 annet ledd eller § 17 sjette ledd. For det andre kan flyktningen i forbindelse med en massefluktsituasjon få opphold i Norge på grunnlag av en kollektiv vurdering utført av Kongen i statsråd etter § utl. § 8a. Slikt opphold innebærer en rett til arbeids- eller oppholdstillatelse, jf. § 8a annet ledd annet punktum. For det tredje kan man få opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 8 annet ledd, og om man oppfyller vilkårene her kan man få oppholds- eller arbeidstillatelse.

Det finnes som nevnt et eget tillatelsessystem for borgere av EØS eller EFTA, jf. kap. 8 i utlendingsloven, samt detaljregulering vedrørende de som kommer til Norge som studenter, praktikanter - eller andre praktiske typetilfeller - i utlf. §§ 2 – 5a i medhold av utl. § 5 annet

¹⁵ NOU s. 95.

ledd. Dette skal ikke utdypes nærmere her. Det skal heller ikke utlendingslovens familiegjenforeningsbestemmelser.

3.3 Utvisning av straffedømte utlendinger uten formelt tillatelsesgrunnlag

De objektive vilkårene for utvisning av disse utlendingene foreligger i utl. § 29 første ledd bokstav c). Straffen utvisningen baserer seg på må være idømt, jf ”ilagt”. Dette gjelder for øvrig uten hensyn til hva slags oppholdsgrunnlag man er i Norge på. Bestemmelsen åpner videre for tre forskjellige utvisningsgrunnlag; for det første kan vedkommende utvises på bakgrunn av en straff for en forbrytelse som har en *strafferamme* på mer enn tre måneder. Strafferammen må dessuten være fengselsstraff i ”mer enn tre måneder”, slik at det er kun strafferammer som varer *utover* tre måneder som kan åpne for utvisning - hvilket innebefatter alle forbrytelser samt nesten alle forseelser i straffeloven i dag.¹⁶ Det er ikke noe krav om at vedkommende i denne forbindelse ilegges fengselsstraff selv om strafferammen henviser til fengselsstraff, jf. ”ilagt straff”. Vedkommende kan altså i praksis utvises på bakgrunn av et vedtatt forelegg, så lenge strafferammen er på mer enn tre måneder.¹⁷ For det andre kan også vedkommende utvises på grunnlag av ilagt *særreaksjon*, jf strl. §§ 39 og 39 a. Avslutningsvis kan en utlending utvises på bakgrunn av at han eller hun flere ganger i løpet av de siste tre år er ilagt fengselsstraff. Dette utvisningsalternativet begrunnes i

”at vedkommende i slike tilfeller ikke kan sies å ha vist vilje til å innordne seg det norske lovverk, selv om de enkelte lovbrudd isolert sett kan sies å være av mindre alvorlig karakter.”¹⁸

Her er det for øvrig viktig å bemerke seg at det er kun ”fengselsstraff” som gjør seg gjeldende.

¹⁶ Bunæs 2004 s. 326.

¹⁷ Bunæs 2004 s. 326. Dette gjelder også utlendinger som oppholder seg i Norge på andre oppholdsgrunnlag.

¹⁸ NOU s. 303.

Generelt sett er det verdt å fremheve at det ikke er noe krav etter denne bestemmelsen – eller for øvrig de andre bestemmelsene som omhandler utvisning av straffedømte utlendinger - at det foreligger gjentakelsesfare i forhold til nye straffbare handlinger på utlendingens hånd,¹⁹ (unntatt ved utvisning av EØS-/EFTA-borgere, jf. senere).

3.4 Utvisning av straffedømte utlendinger med arbeids- eller oppholdstillatelse

Her er lista lagt noe høyere; strafferammen for forbrytelsen må ligge på ”mer enn ett år”, jf. utl. § 29 tredje ledd. Videre kan også utlending med oppholds- eller arbeidstillatelse utvises etter § 29 tredje ledd på bakgrunn av overtredelse av visse straffebud, og disse er:

- Strl. § 228 første ledd om legemsfornærmelse,
- strl. § 237 om uaktsom legemsbeskadigelse som har resultert i visse skader,
- strl. § 342 bokstav b og c om å oppholde seg på et sted i riket hvor man ikke har tillatelse til å oppholde seg samt krenkelse av straffeprosessloven²⁰ §§ 222a eller 222b, som omhandler henholdsvis besøksforbud og forbud mot å oppholde seg på visse eiendommer (siktemålet med disse bestemmelsene er å hemme gjengvirkning),
- strl. § 352 a om ulovlig oppbevaring av kniv eller lignende våpen,
- strl. § 384 om deltakelse i slagsmål som resulterer i noens død eller ”betydelig Skade paa Legeme eller Helbred”, og
- strl. § 385 om bruk av kniv eller lignende under slåsskamp.

Felles for disse bestemmelsene, er at strafferammene er alle på 6 måneder – så hensikten med å spesifikt inkludere disse bestemmelsene har tydelig vært å utvide adgangen til utvisning av utlendinger med arbeids- og oppholdstillatelse med hensyn til overtredelse av straffebud som omhandler særlig voldelige forbrytelser, men som ikke oppfyller det kravet til strafferamme som eksisterer i utgangspunktet. Man kan også utvise på bakgrunn av ilagt særreaksjon, jf strl. §§ 39 og 39 a.

¹⁹ Bunæs 2004 s. 327.

²⁰ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (heretter ”strpl.”).

3.5 Utvisning av straffedømt utlending som fyller kravene til bosettingstillatelse

Som spesifisert i overskriften er det en egen kategori utlendinger som utvises på bakgrunn av at de fyller alle kravene til utstedelse av bosettingstillatelse – det er altså ikke et krav at de har fått innvilget slik tillatelse, ei heller søkt om det.²¹

Reglene for utvisning av utlendinger som fyller kravene til bosettingstillatelse følger i grunnleggende grad samme oppskrift som reglene som til nå er gjennomgått, bare innenfor en strengere ramme; for å utvise en utlending som faller i denne kategorien så må vedkommende ha blitt straffet for et forhold som har en strafferamme på to år, jf. utl. § 30 annet ledd b). Videre må det straffbare forholdet være begått for under ett år siden i Norge. Også her er det tilsvarende grunnlag for utvisning om vedkommende er ilagt særreaksjon etter strl. §§ 39 eller 39 a. For øvrig vises til drøftelsene ovenfor.

3.6 Utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borgere

Utvisning av EØS-/EFTA-borgere beror på et helt eget regelsystem som har sin basis i Rådsdirektiv 64/221/EØF av 25. februar 1964²², og som har fått sitt utspring i norsk rett i utlendingsloven § 58. Utgangspunktet er hjemlet i § 58 første ledd, hvor det står at en utlending i denne kategorien kan utvises når

”...hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det”

– og i forbindelse med utvisning av straffedømte utlendinger er det stort sett ”offentlig orden” som vil være hjemmelen for utvisning, i og med at gjentakelse av kriminalitet er det

²¹ Begrunnelsen for en slik regel ligger i at en innvilget bosettingstillatelse ikke i seg selv gir en sterkere tilknytning til Norge – derfor mente lovgiver at man ikke burde skille mellom utlendinger som har bodd her i et visst antall år og har fått innvilget bosettingstillatelse og utlendinger som har bodd her like lenge men ikke har søkt slik tillatelse; begge kategorier burde være berettiget til et utvidet vern mot utvisning.

²² Bunæs 2004 s. 332.

som er vurderingstemaet i dette henseendet og begrepet er delvis myntet på nettopp forebyggelse av kriminalitet.²³ § 58 første ledd legger opp til en meget skjønnspreget vurdering, og en videre utpensling av hva som ligger innenfor rammene her finnes i utlf. § 195. Av særlig betydning i vår sammenheng er at utvisning med en slik begrunnelse kan bare vedtas såfremt ”det er adgang til sanksjoner mot norsk borger for tilsvarende forhold”, hvilket også på et generelt grunnlag er slått fast i EU-domstolen.²⁴ Dette er det nærmeste man kommer til å få en henvisning til at man kan utvise på bakgrunn av straffbare forhold²⁵ - men det er klart spesifisert i nevnte EU-direktiv artikkel 3 nr. 2 at allerede idømt straff *i seg selv* ikke uten videre kan begrunne utvisning av EØS-/EFTA-borger.

Videre er det ytterligere spesifisert i utl. § 58 annet ledd at utvisning etter første ledd ikke kan skje med mindre det kan begrunnes i at det foreligger – eller

”...antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en aktuell og tilstrekkelig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn”.

For det første innebærer dette at man ikke kan ta allmennpreventive hensyn når man vedtar utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borger²⁶, og dette er annerledes fra utvisning av straffedømte utlendinger på annet grunnlag, i og med at et utvisningsvedtak på disse grunnlagene i stor grad begrunnes i nettopp allmennpreventive hensyn.²⁷

For det andre legger utl. § 58 annet ledd opp til en proporsjonalitetsvurdering hvor man på den ene siden vurderer hvor aktuell – altså hvor sannsynlig – og hvor tilstrekkelig trusselen må antas å være, og på den andre siden hvilke samfunnshensyn som trues og hvor grunnleggende disse da er. Tilstrekkelighetskravet legger opp til en vurdering av trusselens omfang sett på bakgrunn av hvilke samfunnshensyn som trues. Det er vanskelig å si noe generelt om hvilke vurderingsmomenter som bør tas i betraktning her – det er i sin helhet

²³ NOU s. 305.

²⁴ Sak C-115 Adiou og 116/81 Cournaille; NOU s. 305.

²⁵ Bunæs 2004 s. 333.

²⁶ NOU s. 305.

²⁷ Nybø 1996 s. 8.

lagt opp til en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det foreligger heller ingen høyesterettspraksis i forbindelse med utøvelse av utl. § 58.

I forbindelse med proporsjonalitetsvurderingen er det i vår sammenheng en vurdering av sannsynligheten for at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger og dermed være en ”trussel” som sådan mot samfunnet - slik sannsynlighet for gjentakelse er faktisk en betingelse for utvisning av straffedømte utlendinger, jf. § 58 annet ledd annet punktum. EF-domstolen har lagt til grunn at tidligere overtredelse av straffebud kun kan legges til grunn ved denne vurderingen i den grad de omstendighetene som lå til grunn for overtredelsen av straffebudet gir grunnlag for å tro at vedkommendes personlige forhold er slike at de representerer en trussel mot offentlig orden eller sikkerhet.²⁸ Å anslå med tilstrekkelig sikkerhet at utlendingen vil begå nye straffbare handlinger i fremtiden er bevismessig meget utfordrende – og mye mer utfordrende enn det er å konstatere at en utlending som er her på annet oppholdsgrunnlag har overtrådt et straffebud med en viss strafferamme. Ikke bare er det mye enklere å konstatere noe fast og konkret – så som en strafferamme – enn det er å konstatere noe skjønnsmessig; det ligger i sakens natur at det også er mye enklere å konstatere noe fortidig enn det er å sannsynliggjøre noe eventuelt og fremtidig. På bakgrunn av dette legger loven opp til en høyere terskel ved utvisning av EØS-/EFTA-borgere enn ved utvisning av andre utlendinger.

3.7 Utvisning av straffedømt utlending som har søkt asyl

Som redegjort for under 3.2 er asylsøkeren gjennom en prosess med hensyn til hvor i behandlingen søknaden er. Her skal inndeles inn i to hovedgrupper av asylsøkere; de som avventer endelig svar på asylsøknaden og de som har fått endelig avslag på asylsøknaden, men som ikke kan returneres til hjemlandet sitt.

²⁸ Sak 30-77 Regina mot Pierre Bouchereau, samt sak C-348/96 Areios Pagos mot Donatella Calfa; NOU s. 305.

3.7.1 Asylsøkere som avventer endelig svar på asylsøknaden sin

En god del utlendinger befinner seg i kategorien av utlendinger som avventer endelig svar på asylsøknad - og hvis de i mellomtiden skulle begå straffbare handlinger i Norge, vil de alminnelige utvisningsreglene følges. I et slikt tilfelle vil også behandlingen av asylsøknaden påvirkes av at vedkommende har begått en straffbar handling, og behandlingen av den aktuelle asylsøknaden skal under slike forhold prioriteres.²⁹ Grunnen til at prioritering av asylsøknaden skjer som respons på forhold som kan føre til utvisning fremfor en faktisk utvisning av vedkommende, er at søknaden som kjent må avgjøres med endelig virkning før man har adgang til å åpne for å utvise vedkommende, jf. utl. § 40.³⁰ Det finnes derimot unntak fra denne hovedregelen i de tilfelle hvor asylsøknaden virker å være åpenbart ubegrunnet eller hvor vedkommende utlending har asylsøknad inne til behandling i annet land eller har fått avslag på asyl i annet land, jf. utl. § 40 første ledd. I disse tilfellene kan altså utvisning gjennomføres på tross av ufullstendig behandling av asylsøknaden.

3.7.2 Utlending som har fått endelig avslag på asylsøknaden sin men som ikke kan returneres til hjemlandet sitt

Den første underkategorien av utlendinger som ikke kan returneres til hjemlandet sitt, er de som trosser oppholdsforbudet avslaget på asyl innebærer og går i skjul overfor myndighetene. Det er her en forutsetning at man er i skjul overfor myndighetene i Norge – med en gang denne forutsetningen faller bort er man jo ikke lenger ureturnerbar. I tilfelle av utlending som begår straffbar handling mens han oppholder seg her ulovlig, vil nevnte

²⁹ Rundskriv fra UDI 2002-139; Bunæs 2004 s. 334.

³⁰ Her har antakelig lovgiver vurdert en eventuell adgang til utvisning av asylsøkere som ikke har fått søknaden sin endelig behandlet som et innhugg i den universelle retten enhver har til å søke asyl – altså slik at retten også inkluderer en rett til fullstendig behandling av søknaden. Det ville jo være urimelig om begåelse av straffbar handling automatisk førte til at asyl ble nektet og utlendingen ble utvist.

forutsetning falle bort i og med idømmelsen av straff – fordi en rettssak ikke vil gjennomføres så lenge utlendingen ikke er i politiets varetekt. Han er dermed ved tidspunktet for vedtaket om utvisning etter all sannsynlighet ikke lenger i skjul overfor myndighetene, og vedkommende er altså ikke lenger ureturnerbar. Her vil heller ikke tvangsutsendelse som følge av utvisning ha noen praktisk virkning i og med at de kan tvangsutsendes i kraft av deres ulovlige opphold. Innreiseforbudet vil på sin side ha virkning i og med utvisningsvedtaket.

Videre finnes det en underkategori av asylsøkere som ikke kan returneres til hjemlandet sitt fordi de risikerer forfølgning som beskrevet i utl. § 15. Utfordringen her ligger i at man er hindret i å sende vedkommende tilbake til hjemlandet, uten hensyn til om de generelle utvisningsvilkårene er oppfylt. I slike tilfeller kan myndighetene enten beslutte å sende han eller hun hjem via utl. § 15 tredje ledd, som åpner for hjemsendelse av utlending som har rett til slikt vern - på tross av dette vernet - såfremt han er idømt en dom for en ”særlig alvorlig forbrytelse”. Han må dessuten på bakgrunn av dommen utgjøre ”en fare for samfunnet”. Dette er tydelig en snever unntaksbestemmelse, hvilket er begrunnet i regelen om forbudet mot ”non-refoulement” sin sterke juridiske forankring internasjonalt sett. Unntak fra denne skal således begrunnes godt, og derfor er det få utlendinger som kan sendes hjem igjen med hjemmel i denne. Disse har man ikke grunnlag for å tvangssende ut av Norge, og dermed må de få oppholde seg her inntil vernet etter første ledd faller bort. Politisk sett jobbes det med å finne gode juridiske løsninger med hensyn til oppholdsgrunnlag for disse såkalte ureturnerbare asylsøkerne.

Avslutningsvis finnes det utlendinger som ikke kan returneres til hjemlandet sitt fordi myndighetene i hjemlandene deres ikke er samarbeidsvillige med hensyn til mottakelse av borgere som utvises fra Norge. Også disse er det åpent for å gi opphold etter utl. § 8 annet ledd hvis alle vilkår oppfylles, eller utl. § 17 sjette ledd – og dermed utstede oppholds- eller arbeidstillatelse. Utvisning vil da foregå på bakgrunn av utvisningsreglene myntet på de med arbeids- eller oppholdsgrunnlag – men dette vil ikke forandre at man fra en faktisk

synsvinkel uansett er hindret i å sende dem tilbake til hjemlandet sitt. Slike utlendinger faller også inn under kategorien ureturnerbare asylsøkere, som det jobbes med politisk sett.

3.8 Forholdsmessighetsvurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen er likelydende i forhold til de forskjellige typer oppholdsgrunnlag som er gjennomgått, og man finner den hjemlet i utl. §§ 29 annet ledd, 30 tredje ledd og 58 femte ledd (når det gjelder utvisning av EØS-/EFTA-borgere, følger for øvrig en slik forholdsmessighetsvurdering allerede av EU-retten og EØS-retten³¹). Det ble slått fast i Rt. 1998.1795 at Høyesterett kan prøve forvaltningens praksis av forholdsmessighetsvurderingen fullt ut.

Forholdsmessighetsvurderingen går helt konkret ut på at utvisningsvedtaket ikke skal fattes hvis

”..det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.”

Hva gjelder det straffbare forholdets alvor, kan man som et generelt utgangspunkt si at jo grovere kriminalitet det er snakk om, jo mer skal det til av gode grunner for å *ikke* utvise vedkommende³². Eksempler her er Rt. 1996.1510, hvor det blant annet ble uttalt at

”..det føres en streng praksis slik at utgangspunktet normalt er utvisning ved alvorlige narkotikaforbrytelser.”

Vedkommende ble her utvist på tross av en sterk tilknytning til Norge. Dommen ble avsagt med dissens 3-2. Et tilsvarende eksempel på en dom hvor forholdets alvor ble tillagt avgjørende vekt, er Rt. 2005.238. Dette var også en dom hvor utlendingen hadde svært sterk tilknytning til Norge, og som ble avsagt med dissens 3-2. Annenvoterende som representerte flertallet, uttalte blant annet at:

³¹ NOU s. 306.

³² Bunæs 2004 s. 335.

”... Når de straffbare forhold A har begått ses i sammenheng, dreier det seg etter min mening om meget alvorlig kriminalitet av en slik karakter at det skal svært mye til for å karakterisere en utvisning som uforholdsmessig.”

Ved vurderingen av forholdets alvor skal man også legge vekt på strafferammen for selve forbrytelsen. Strafferammen uttrykker hvor samfunnsmessig alvorlig lovgiver har vurdert den type forbrytelse å være – eksempelvis ble det uttrykt i Rt. 2000.591 at:

”..Alvoret i de straffbare forhold A er domfelt for, reflekteres ved strafferammen og den straff som er idømt.”

Videre er man henvist til å analysere utlendingens generelle tilknytning til riket, og et av de vesentlige momentene her er hvor gammel utlendingen var da han eller hun kom til Norge. Det er foreløpig ikke fattet noe vedtak om utvisning av utlendinger som kom til Norge som svært små barn.³³ I Rt. 2005.238 henvises det til Ot.prp.nr. 51 (2003-2004) som gjaldt en lovendring i utlendingsloven, hvor det uttales på et generelt grunnlag at:

”.. I saker der utlendingen har bodd lenge i Norge og i tillegg kom til landet som barn, kreves det svært mye av det straffbare forholdet før utlendingsmyndighetene reagerer med utvisning. En av grunnene til dette er blant annet at det norske samfunn må ta et større ansvar for den kriminelle løpebane når utlendingen har hatt sin barndom i Norge.”³⁴

Videre er ikke bare ankomstalder vesentlig, men man vil også i den forbindelse vurdere utlendingens botid i Norge.

Praksis kan gi inntrykk av at tilknytning til Norge gjennom kone og barn er noen av de momentene som generelt sett veier tyngst i tilknytningsvurderingen – men allikevel kreves

³³ Bunæs 2004 s. 336. I Rt. 1998.1795 ble det fattet utvisning av en som kom til Norge som 13-åring, samt i Rt. 2005.238 ble utlendingen utvist til tross for at han var 9 år da han forlot hjemlandet sitt, og 12 år og 10 måneder da han kom til Norge. Også i Rt. 1996.561 og Rt. 1996.568 ble det fattet utvisning av utlendinger som kom til Norge som 12 år gamle.

³⁴ Selv om uttalelsen isolert sett kan oppfattes som en oppfordring til endring av praksis, avviser førstvoterende en slik tolkning av uttalelsen: ”...Lest i sammenheng oppfatter jeg uttalelsen i forarbeidene som en beskrivelse av hvilke momenter som blir vektlagt i praksis, og ikke som et uttrykk for noe ønske om å endre utgangspunktet om at det ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til for at utvisning er uforholdsmessig.”

det spesielle omstendigheter for at hensynet til familie i Norge skal slå gjennom ved svært alvorlig kriminalitet. I Rt. 2000.591 ble det i denne sammenheng understreket at:

”...det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger.”

Motsetningsvis kan familie i hjemlandet tale til fordel for utvisning, jf. Rt 1998.1795 hvor utlendingen ble utvist med en delvis begrunnelse i at han hadde ektefelle og tre barn i Pakistan.³⁵

Et tredje relevant moment i tilknytningsvurderingen er hvor integrert utlendingen tilsynelatende er, og her er man henvist til å skjønnsmessig vurdere alle de momentene som kan tale for en viss deltakelse i det norske samfunnet; for eksempel bør man vurdere språkkunnskaper, arbeidsdeltakelse, skolegang, fritidsaktiviteter og så videre. Forarbeidene til gjeldende utlendingslov sier at:

”... det imidlertid ikke bare [er] botiden som gir uttrykk for tilknytning. Ekteskap eller annen familietilknytning, integrasjon i arbeids- og samfunnsliv kan være vel så viktige momenter som selve botiden.”³⁶

I Rt 1995.72 legger førstvoterende vekt på uheldigheten av å avbryte skolegangen til utlendingens barn ved utvisning, i og med at det var sannsynlig at barna ville følge etter faren dit han ble utvist, hvis han ble utvist. Allikevel kommer dommeren frem til at:

”...de er forholdsvis svakt integrert i det norske samfunn, og at tilknytningen til Norge ikke er særlig sterk.”

³⁵ Ved vurderingen av hvor sterkt rammet utlendingens familieliv vil bli som følge av et utvisningsvedtak, er det også veldig relevant å vurdere vedtaket opp mot EMK art. 8. Denne bestemmelsen drøftes nærmere under 3.10.

³⁶ Ot.prp.nr 46 (1986-87) s. 132.

Dommeren har da sett hen til at de som familie ikke var særlig interessert i å respektere og å leve etter norske normer og regler, samt andre konkrete momenter som ga en pekepinn på deres villighet til å inkludere seg i det norske samfunnet – for eksempel var ikke villigheten til å lære seg norsk særlig fremtredende for utlendingens ektefelle sin del. Utvisningen ble opprettholdt av Høyesterett. Mye tyder på at om man ikke kan anse en utlending som særlig integrert i det norske samfunnet, er det fordi han holder fast ved hjemlandets kultur på en slik måte at det går utover villigheten til å integrere seg her. Dette kan også slå ut andre veien, slik at om vedkommende ikke har særlig tilknytning til sitt opprinnelige hjemland, er det fordi han eller hun nettopp er sterkt integrert i det norske samfunnet. Dette ble også poengtert i Rt. 1996.551:

”...Et annet vesentlig moment som taler mot utvisning [...] er utlendingens manglende tilknytning til den stat han er statsborger i, og som han presumptivt utvises til. En sterk tilknytning til oppholdsstaten kan korrespondere med en svak tilknytning til statsborgerstaten og vice versa.”

Det er viktig å påpeke at ingen ønsker at utlendingen på noen måte skal oppgi deler av kulturen han eller hun kommer fra og er vant til; man ønsker heller at vedkommende omfavner røttene sine. Det sentrale er om utlendingen synes å være motvillig i forhold til å tilpasse seg det norske samfunnet i den grad det må anses nødvendig. Dette antydes også i dommen.

Videre finnes det andre momenter ved forholdsmessighetsvurderingen som typisk kan ha betydning, for eksempel utlendingens egen helsetilstand eller helsetilstanden til nære familiemedlemmer, muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet³⁷, hvorvidt utlendingen har eneomsorg for barn i Norge³⁸ - og denne listen er langt fra uttømmende.

Forholdsmessighetsvurderingen kan synes å ha blitt fortolket noe strengt i praksis, men det har allikevel skjedd en utvikling i den siste tiden. I Rt. 1995.72 ble det lagt til grunn at vurderingen ikke kunne prøves av domstolene. I Rt. 1998.1795 ble derimot vurderingen fremhevet som en vurdering av rettslig karakter som altså fullt ut kunne prøves av

³⁷ NOU s. 306.

³⁸ Nybø 1996 s. 104.

domstolene – og dette ble igjen ble fulgt opp i Rt. 2000.591. Dette fører til en mye større grad av rettssikkerhet; hoveddelen av et utvisningsvedtak ligger jo her. Videre ønsker Kommunal- og regionaldepartementet å forskriftsfeste de relevante momenter som ligger under forholdsmessighetsvurderingen – noe Advokatforeningen i sin høringsuttalelse mener vil kunne bidra til en mer enhetlig og bedre praksis.³⁹ Det avgjørende bør under alle omstendigheter være utlendingens konkrete tilfelle og en samvittighetsfull vurdering av denne.

3.9 Unntak om utlending som er født i Norge

I tilfeller hvor utlendingen er født i Norge er ofte det formelle statsborgerskapet det eneste som skiller disse borgerne fra norske borgere, og derfor mente lovgiver at de burde ha et like sterkt utvisningsvern.⁴⁰ Utl. § 30 første ledd nedlegger derfor i slike tilfeller et forbud mot utvisning. Men det er allikevel ikke tilstrekkelig at utlendingen er født i Norge, han eller hun må også i sin livstid ha hatt ”uavbrutt ... fast bopel” her. Selv om ordlyden henviser til en skjønnsvurdering av hva som skal anses som ”uavbrutt” etter loven, er det ikke kjent at problemet er satt på spissen i praksis - og uansett vil man ved en eventuell adgang til utvisning her være sterkt beskyttet av forholdsmessighetsvurderingen⁴¹. Rimelighetshensyn tilsier at bestemmelsen antakelig åpner for normale ferieopphold utenfor Norge; hensikten er nok å ramme de tilfeller hvor oppholdet i utlandet gir inntrykk av å være bosetting der.⁴²

3.10 Internasjonal lovgivning og praksis⁴³

³⁹ Forslag til endringer i Utlendingsloven [online]. Tilgang: <http://www.jus.no/?id=58845> [Sisert 15.11.2005].

⁴⁰ NOU s. 305.

⁴¹ Bunæs 2004 s. 330.

⁴² Bunæs 2004 s. 330.

⁴³ I forbindelse med utvisning av EØS-/EFTA-borgere vises til gjennomgangen av regelverket med domshenvisninger ovenfor.

”... Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.”

Dette står nedfelt i utl. § 4. Sett i samsvar med det generelle trinnhøydeprinsippet havner de altså på linje med norsk lovgivning gjennom denne bestemmelsen. EMK er derimot gjort til norsk rett via menneskerettsloven § 2, og den generelt mest aktuelle internasjonale bestemmelsen i forbindelse med utvisning er antakelig dennes artikkel 8 om retten til familieliv. Denne bestemmelsen påberopes i utvisningssammenheng enten på selvstendig grunnlag slik at man hevder ugyldighet begrunnet i at vedtaket innebærer et brudd på bestemmelsen, eller at man hevder ugyldighet begrunnet i manglende oppfyllelse av kravet til forholdsmessighet etter loven i den forstand at vedtaket ikke tilstrekkelig ivaretar retten til familieliv. Bestemmelsen lyder:

”1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Vurderingstemaet her er altså hvorvidt utvisningen må anses nødvendig i et demokratisk samfunn, veid opp mot den inngripen i utlendingens familieliv utvisningen utgjør – og dessuten må utvisningen være i den hensikt å ivareta et av de formålene som er spesifisert i annet ledd. Denne avveiningen faller i høy grad sammen med den avveining som skal tas i forbindelse med den internrettslige forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁴ Praktiseringen av artikkelen fra EMD’s side er dynamisk, og dermed kan ikke dens innhold fastlegges én gang for alle⁴⁵ - men Amrollahi v. Denmark kan gi en viss veiledning i forhold til hva som skal være gjenstand for vurdering. Der ble det uttalt at:

”...the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the length of the applicant’s stay in the country from which he is going to be expelled; the time elapsed since the offence was committed and the applicant’s conduct during that period; the nationalities of

⁴⁴NOU s. 309.

⁴⁵ NOU s. 309.

the various persons concerned; the applicant's family situation, such as the length of the marriage; and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and whether there are children in the marriage, and if so, their age. Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country of origin, though the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself exclude an expulsion.”⁴⁶

Momentene som her dras frem i forbindelse med avveiningen som skal foretas er altså i høy grad tilsvarende de som er en del av forholdsmessighetsvurderingen. Verdt å merke seg er for øvrig at i vurderingen etter EMK er altså også utlendingens livsførsel *etter* domfellelsen vesentlig (“the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period”) – noe som ikke har meldt seg som et fremtredende moment i den internrettslige forholdsmessighetsvurderingen.

Det finnes ved konvensjonsstatenes praksis av bestemmelsene i EMK en skjønnsmargin (“margin of appreciation”) de kan handle innenfor som er tillagt dem via praksis i EMD, og som i Rt. 1996.551 ble antatt å gjelde også ved praktiseringen av EMK artikkel 8 med hensyn til hva som skal anses som ”nødvendig”. EMD har lagt seg på en linje som tillater at konvensjonsstatene kan gå ganske langt i forhold til hva som bør anses som en legitim utvisning, men det finnes nødvendigvis en nedre grense for hva som aksepteres. I *Yildiz v. Austria* (2002) ble *Yildiz* utvist på bakgrunn av to tilfeller av tyveri hvor han ble idømt tre dagers fengsel og prøvetid, samt også kjøring mot rødt lys. Han kom til Østerrike som 14-åring i 1989, og fikk oppholdsforbudet avgjort i 1996 – da hadde han inngått ekteskap tre år før og fått en datter på ett år. EMD fant at klagerens rett til respekt for familieliv ikke var forholdsmessig vurdert.⁴⁷

I norsk høyesterettspraksis har denne nødvendighetsvurderingen vært sentral. I Rt. 1996.551 ble det i den forbindelse slått fast at:

⁴⁶ Bunæs 2004 s. 340.

⁴⁷ Bunæs 2004 s. 339.

”I ordet ”nødvendig” ligger etter konvensjonsorganenes praksis ikke mer enn at det må foreligge et vesentlig samfunnsmessig behov (”a pressing social need”) og at utvisning er egnet til å fremme dette behov. Jeg forstår ellers konvensjonsorganenes praksis slik at de ved anvendelsen av nødvendighetskriteriet i art 8 (2) i utvisningssaker ser etter om konvensjonsstaten har foretatt en balansert avveining av de hensyn som i det enkelte tilfelle taler for utvisning og hensynet til utlendingens og hans families rett til privatliv og familieliv etter art 8 (1). Avgjørende er om utvisningen på det grunnlag den har, står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv.”⁴⁸

Når det gjelder behandlingen av norske utvisningssaker i EMD, så har både Rt. 1995.72, Rt. 1996.561, Rt. 1996.568, Rt. 1996.1510 blitt klaget inn – samtlige ble avvist som ”åpenbart grunnløse” etter EMK art. 35 nr. 3.⁴⁹

Videre er EMK art. 3 om forbud mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff relevant. Her er Soering v. UK en kjent og prinsipiell sak, hvor det ble slått fast at utlevering av utlending kunne være i strid med artikkelen såfremt det er en reell risiko for at han eller hun vil bli behandlet på en måte som krenker bestemmelsen i det landet han eller hun blir utlevert til – og i Cruz Varas mfl. v. Sverige ble dette prinsippet utvidet til også å gjelde ved utvisning. Om anvendelsen av artikkelen i utvisningssammenheng ble det i Rt. 1998.1795 sagt at:

”... Vilkårene for at en utvisning skal medføre brudd på artikkel 3, er imidlertid strenge. For at en utvisning skal medføre brudd på artikkel 3, kreves at det foreligger en reell og spesifikk risiko for at utvisning vil føre til en krenkelse som omfattes av denne bestemmelse...”

Imidlertid ligger den der som en sperre for når forvaltningen kan gjennomføre utvisning av straffedømte utlendinger.⁵⁰

⁴⁸ I samme dom slo Høyesterett videre fast at alternativet ”forebygge uorden og kriminalitet” i artikkelens annet ledd også omfatter forebyggelse av uorden og kriminalitet i sin alminnelighet – altså for å fremme allmennpreventive hensyn, noe som er i tråd med praksis i Norge. Bunæs 2004 s. 339/NOU s. 309.

⁴⁹ NOU s. 310.

⁵⁰ I internrettslig sammenheng utgjør utl. § 15 et tilsvarende vern mot utsendelse til områder hvor utlendingen risikerer slik behandling.

Avslutningsvis skal nevnes barnekonvensjonen,⁵¹ som har fått status som norsk lov ved tilføyelsen i menneskerettsloven § 2 nr. 4 i 2003.⁵² Dens artikkel 3 nr.1 er den viktigste bestemmelsen i vår sammenheng, og der står det at:

”...Ved alle handlinger som vedrører barn og som foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal det først og fremst tas hensyn til hva som gavner barnet best.”

De typiske tilfellene hvor denne bestemmelsen kan være aktuell er hvor en av foreldrene til barnet risikerer utvisning, eller hvor barnet selv er den som utvises – altså utlendinger under 18 år. I en slik sammenheng vil hensynet til barnet være et høyst vesentlig moment, noe som også ble lagt til grunn i Høyesterett i Rt. 2005.229 - men det skal ikke nødvendigvis i enhver sammenheng være avgjørende. Også konvensjonen selv åpner for at utvisning kan skje på tross av at barnet som konsekvens kan bli skilt fra sine foreldre, jf. konvensjonens artikkel 9 nr. 4.⁵³ For øvrig påpeker også dommeren i dommen fra 2005 at utledningsforvaltningen selv tar aktive skritt for å ivareta hensynet til barnets beste. Dette gjelder særlig i forhold til tanken om å tilrettelegge for en best mulig kontakt mellom barnet og den som blir utvist til tross for utvisningen, ved at et tidsbegrenset innreiseforbud skal være hovedregelen ved utvisning i slike tilfeller.

3.11 Konsekvensene av utvisning

Utvisning innebærer som nevnt innledningsvis for det første at vedkommende bortvises fra riket. For det andre skiller utvisning seg som nevnt fra bortvisningsregelverket ved at det også effektueres et innreiseforbud for vedkommende – enten tidsbegrenset eller varig. Dessuten - som en eventuell tredje konsekvens - blir visse utlendinger som utvises fra Norge innmeldt i Schengen Informasjonssystemer.

⁵¹ FNs konvensjon om barns rettigheter av 7. november 1962 i kraft 9. desember 1964.

⁵² NOU s. 310.

⁵³ NOU s. 310.

3.11.1 Innreiseforbudet

Hjemmelen for innreiseforbudet finnes i utl. § 29 fjerde ledd, samt utl. § 58 sjette ledd hva angår utviste EØS-/EFTA-borgere. Hovedregelen ved utvisning er at innreiseforbudet skal gjøres varig, jf. utlf. § 122 annet ledd annet punktum,⁵⁴ og innreiseforbudet innebærer for utlending med arbeids-/oppholds- eller bosettingstillatelse også nødvendigvis at denne tillatelsen oppheves, jf. utlf. § 122 første ledd. Når det skal avgjøres hvorvidt innreiseforbudet bør gjøres varig eller ikke, vil forholdets alvor være det sentrale momentet i vurderingen, jf. utlf. § 122 tredje ledd – og i de tilfeller hvor man kommer frem til at et tidsbegrenset innreiseforbud er det mest hensiktsmessige, vil hovedregelen videre være at innreiseforbudet bør ha en varighet på minimum to år. Hvorvidt innreiseforbudet er ment å være varig eller tidsbegrenset vil også være et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen.⁵⁵ Overtredelse av innreiseforbudet er straffbart, jf. utl. § 47 første ledd bokstav a) jf. strl. 342 første ledd bokstav a), og den som blir utvist skal informeres om dette, jf. utlf. § 123 tredje ledd første punktum. Etter § 29 fjerde ledd tredje punktum er det adgang til å søke om innreise til landet på tross av at innreiseforbudet fortsatt er gjeldende, men da skal det foreligge ”sterke rimelighetsgrunner” – samt at dette bare stort sett er for kortere besøk, jf. utlf. § 124 første ledd. Det er ikke på langt nær like strengt for EØS-/EFTA-borgere – i utl. § 58 sjette ledd åpner lovgiver for opphevelse av innreiseforbudet ”dersom nye omstendigheter tilsier det”.

3.11.2 Innmelding i SIS

Schengen-samarbeidet er et felleseuropeisk samarbeid som tilsikter blant annet informasjonsutveksling rundt personer som ikke anses ønsket i medlemslandene – altså typisk utviste personer. SIS – Schengen Informasjonssystem - er den registreringsenheten som benyttes i så måte, og her har de enkelte medlemslandene tilgang på opplysninger om

⁵⁴ Som nevnt under 3.10 gjelder ikke dette der utvisningen går på bekostning av barn. I slike tilfeller er utgangspunktet det motsatte, såfremt det ikke dreier seg om særlig alvorlig kriminalitet – og i praksis går grensen her rundt idømt straff på ubetinget fengsel i tre år eller mer. Se nærmere NOU s. 311.

⁵⁵ NOU s. 311.

enkeltpersoner registrert av andre land enn dem selv. Utviste utlendinger uten statsborgerskap eller gyldig oppholdstillatelse i et annet Schengen-land eller EU-land registreres i denne enheten i den hensikt å nekte vedkommende adgang fra hele Schengen-territoriet som en konsekvens av utvisning fra det enkelte medlemsland.⁵⁶ Den eneste måten for vedkommende å slippe inn i Schengen-territoriet på, er hvis det enkelte land tillater det, men en slik tillatelse vil da kun gjelde på dette lands eget territorium. Konvensjonens egen hjemmel på slik registrering foreligger i artikkel 96 første ledd. Det er også opprettet en internrettslig lov om SIS⁵⁷, og dennes registreringshjemmel i forbindelse med utvisning foreligger i § 7 nr. 2, som henviser direkte til utl. § 29.⁵⁸ I medhold av utlf. § 123 tredje ledd annet punktum skal utlendingen gjøres kjent med at utvisningen innebærer at innreiseforbudet er vedtatt til også å gjelde hele Schengen-territoriet. Registreringen opprettholdes så lenge den registrerende staten finner det nødvendig, og etter tre år skal nødvendigheten av registreringen av vedkommende utlending igjen tas opp til vurdering, jf. SIS-loven § 20 første og annet ledd – derfor er det altså ingen automatikk i at registreringen i SIS opprettholdes i takt med innreiseforbudets varighet.

3.12 Oppsummering av gjeldende rett

Gjeldende rett legger opp til en todelt prosess ved vurdering av om en utlending skal utvises på bakgrunn av straffbar handling. Først må man vurdere den straffbare handlingens strafferamme i forhold til utlendingens oppholdsgrunnlag. Dette er den objektive delen av et utvisningsvedtak, og hvis alle vilkårene her er oppfylt blir den neste delen av vurderingen hvorvidt utvisning vil være å anse som et uforholdsmessig tiltak. Her skal man vurdere alle personlige forhold ved utlendingen, og vurderingen er i alle tilfeller en konkret helhetsvurdering hvor man for øvrig kan trekke inn internasjonal rett som er relevant ved utvisning. Internasjonal lovgivning kan også vurderes på eget grunnlag, og den mest

⁵⁶ Bunæs 2004 s. 346.

⁵⁷ Lov om Schengen informasjonssystem av 16. juli 1999 nr. 66 (SIS-loven).

⁵⁸ Utvisning av utlending med hjemmel i utl. § 30 ikke inkludert i denne sammenheng, og det finnes tilsynelatende heller ingen forklaring på hvorfor dette er tilfellet. Videre har UDI i interne retningslinjer bestemt at slik registrering kun skal foretas i forbindelse med utvisning av straffedømte utlendinger som har blitt straffet for forhold som har en strafferamme på mer enn ett år. Se nærmere Bunæs 2004 s. 347.

sentrale bestemmelsen her er EMK artikkel 8 om rett til familieliv. Om vedtaket ikke er å anse som et uforholdsmessig tiltak og ellers alle de internasjonale forpliktelsene er oppfylt, er vilkårene for utvisning oppfylt. Utlendingen skal ikke bare bortvises fra riket, men det skal også opprettes et innreiseforbud til riket som enten kan gjøres tidsbegrenset eller varig – men som hovedregel ikke kortere enn to år. Videre skal utlendingen eventuelt legges inn i SIS. Vedtaket kan påklages til UNE og videre til domstolene eller Sivilombudsmannen. Det er ikke anledning til å utvise utlendinger som er født i Norge og har hatt ”uavbrutt fast bopel” her.

4 NOU 2004:20

I dette hovedkapittelet tilsiktes en gjennomgang av det foreslåtte utvisningsregelverket, med særlig fokus på de endringer og videreføringer som er av interesse for oppgavens tema. Inndelingsmessig følges i utgangspunktet det samme skjemaet som ved gjennomgangen av gjeldende rett, men plasshensyn gjør at mindre vesentlige videreføringer og endringer ikke vil drøftes i særlig detalj. Videre synes det ikke nødvendig å ha et eget kapittel om internasjonale forpliktelser, da disse følgelig ikke endres i forbindelse med endring av intern rett.

4.1 Tillatelsesgrunnlagene

I NOU søkes en forenkling hva angår systemet med arbeids- og oppholdstillatelse ved at det foreslås å kun operere med begrepet *midlertidig oppholdstillatelse*. I redegjørelsen er det forklart at:

”...Oppholdstillatelsen medfører i utgangspunktet en rett til å søke og ta arbeid. Utlendingslovvalget mener [...] at retten til å søke og ta arbeid er en så grunnleggende rettighet at den som hovedregel bør følge med retten til opphold i landet.”⁵⁹

Midlertidig oppholdstillatelse skal fortsatt innvilges de som er i riket utover tre måneder, jf. forsl. § 22, og gis for inntil tre år⁶⁰, jf. forsl. § 70 første ledd. Den vil være den tillatelsen som opereres med i forbindelse med stort sett alle slags søknadsgrunnlag, jf. forsl. § 65 – det vil si ved arbeidssøkende tredjelandsborgere (forsl. kap. 5), ved asylsøkende og lignende – (forsl. kap. 6), ved de som søker opphold av sterke rimelighetsgrunner (forsl. kap. 7) og ved de som søker opphold via familieinnvandring (forsl. kap. 8). Regelverket

⁵⁹ NOU s. 94.

⁶⁰ NOU s. 96.

rundt denne generelle oppholdstillatelsen redegjøres for i forsl. kapittel 9, særlig i § 70 – men disse reglene er spesifikt unntatt hva gjelder nordiske borgere som er her i forbindelse med studier eller arbeid eller lignende og EØS-/EFTA-borgere. Dessuten er det opprettet en egen type oppholdstillatelse myntet på tilfeller hvor det foreligger ”praktiske returhindringer” jf. forsl. § 48 samt en annen i forsl. § 85 ved de tilfeller hvor utlendingens ”eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84 [non-refoulement]” – og også disse typer oppholdstillatelser er unntatt de generelle reglene i kapittel 9. Dette begrunnes i at det foreligger særlige omstendigheter rundt utstedelse av slike oppholdstillatelser som nødvendigvis tillatelsenes innhold bør samsvare til. Videre vil bosettingstillatelsen som sådan søkes videreført, men utvalget foreslår å endre betegnelsen til *permanent oppholdstillatelse* uten at det tilsiktes noen realitetsendring med dette.⁶¹ Reglene i kapittel 9 behandler også utstedelse av permanent oppholdstillatelse, da særlig § 72.

4.2 Utvisning av straffedømt utlending uten formelt tillatelsesgrunnlag

Her videreføres reglene i utl. § 29 første ledd i sin helhet, jf. forsl. § 77. Det er fra utvalgets side ikke nevnt særlige begrunnelser eller hensyn i den forbindelse.⁶²

4.3 Utvisning av straffedømt utlending med midlertidig oppholdstillatelse

Også her videreføres de materielle reglene i sin helhet, jf. forsl. § 78. Utvalget begrunner dette med at de

”har ikke funnet grunn til å foreslå endringer i gjeldende krav til strafferamme for utvisning av denne kategori utlendinger.”⁶³

⁶¹ NOU s. 275.

⁶² NOU s. 313.

⁶³ NOU s. 314. Bestemmelsen er ikke en selvstendig utvisningshjemmel, og derfor er strafferammen det eneste de trenger å begrunne selvstendig i denne sammenheng.

4.4 Utvisning av straffedømt utlending som har fått innvilget permanent oppholdstillatelse

Det materielle innholdet i utl. § 30 videreføre i stor grad. Utvalget foreslår derimot at det ikke lenger skal være tilstrekkelig at vedkommende *fyller* vilkårene til slik tillatelse – tillatelsen må faktisk være innvilget, jf. forsl. § 79 første ledd. I begrunnelsen uttaler utvalget at

”... det [er] uheldig at det utvidede utvisningsvernet kan påberopes av en person som ennå ikke har fått innvilget permanent oppholdstillatelse, men som har begått en straffbar handling etter at vilkårene for slik tillatelse var oppfylt.”⁶⁴

Noen videre utdypelse av hvorfor det synes å være ”uheldig” finnes ikke i innstillingen.

4.4.1 Krav om innvilget permanent oppholdstillatelse

En utlending som fyller kravene til permanent oppholdstillatelse kan i teorien gjøre en kriminell handling som etter den utvidede beskyttelsen ikke kan føre til utvisning, før han eller hun faktisk har fått innvilget tillatelsen. Dette kan være det utvalget søker å unngå ved å kreve at tillatelsen faktisk er innvilget. Samtidig synes dette å være et noe usannsynlig hendelsesforløp da kriminelle handlinger antakelig ikke i stor grad er kalkulert ut fra utvisningsvernet utlendingen mener å ha, og i tilfelle ville nok utlendingen ha valgt å søke på tillatelsen først for å oppnå det utvidede vernet – vilkårene foreligger jo uansett. Selv om utvalget mener å ha valgt en løsning som beskytter mot utnyttelse av regelverket, synes regelen i større grad å utelukke beskyttelse for mange utlendinger. Dette gjelder særlig fordi permanent oppholdstillatelse etter forsl. § 72 er en valgfri oppholdstillatelse, og utlendinger som har bodd i Norge i mange år får med dette ikke den beskyttelse et langvarig opphold i Norge burde tilsi.

⁶⁴ NOU s. 314.

4.5 Utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borger

Utvalget har kommet frem til at det mest hensiktsmessige i forbindelse med utvisning av EØS-/EFTA-borgere er en samkjøring av det generelle utvisningsregelverket samt de særegne reglene som springer ut av Rådsdirektiv 64/221/EØF. Det uttales om gjeldende utl. § 58 at:

”... Bestemmelsen gjengir EØS-rettens krav til hvilken ramme EØS-landene må holde seg innenfor [...] men fastsetter ingen mer konkrete vilkår for utvisning. Etter utvalgets vurdering er dette uheldig. En slik mangel på mer tydelige kriterier for når utvisning kan skje, er ikke fullt tilfredsstillende ut fra hensynet til rettssikkerhet. Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at det i en ny lov fremgår at heller ikke [EØS-/EFTA-borger] skal kunne utvises uten at de alminnelige vilkår for utvisning er oppfylt. Det bør også fremgå tydelig at det gjelder de samme skjerpede vilkår for å kunne utvise [EØS-/EFTA-borger] med oppholdstillatelse [...] som i tilfeller hvor en tredjelandsborger er innvilget en tilsvarende tillatelse.”

Det finnes en videreføring av utl. § 58 i forsl. § 80, men den videreføres da ikke på den måten at den fortsatt skal virke som en selvstendig hjemmel – de generelle utvisningsreglene i forsl. §§ 77-79 vil gjelde som hjemmel også for EØS-/EFTA-borgere, mens de EU-rettslige kravene spesifisert i § 80 vil fungere som en ytterligere begrensning i adgangen til å utvise EØS-/EFTA-borgerne, jf. forsl. § 80. Videre er det understreket i forsl. § 79 annet ledd at begrensningen i adgangen til utvisning i første ledd i forhold til utlendinger med permanent oppholdstillatelse også skal gjelde i forhold til EØS-/EFTA-borgere. Dette er i utgangspunktet ikke nødvendig da forsl. § 80 selv spesifiserer at reglene i §§ 77-79 skal gjelde ved utvisning av straffedømte EØS-/EFTA-borgere.⁶⁵

Utvalget foreslår videre å sløyfe gjeldende utl. § 58 annet ledd annet punktum om gjentakelsesfare. Dette begrunnes i at proporsjonalitetsvurderingen som man allerede er

⁶⁵ Jf. også NOU s. 418.

henvist til å utføre etter utvalgets mening i tilstrekkelig grad legger opp til en vurdering av nettopp gjentakelsesfare.⁶⁶ Endringen fører antakelig ikke til noen realitetsendring.

4.5.1 Tanker rundt utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borger og utvisning av andre

Det må anerkjennes at utvisning av en EØS-/EFTA-borger vil være en begrensning i en av EUs friheter - retten til fri bevegelse – og regelverket må ta hensyn til dette i sin utforming. Samtidig gir utvalgets forslag inntrykk av å innføre en dobbel beskyttelse til fordel for EØS-/EFTA-borgere – ikke bare må individuell gjentakelsesfare bevises, de ordinære objektive vilkårene må også foreligge. Beskyttelsen EØS-/EFTA-borgere har gir inntrykk av å delvis ligge i tanken om at de skal behandles mer i tråd med hvordan norske borgere behandles, jf for eksempel utlf. § 195 tredje ledd. Dette er isolert sett en rettssikkerhetsmessig god tanke – men fører til spørsmålet om hvem som bør være det naturlige sammenligningsgrunnlag; norske statsborgere eller tredjelandsborgere.

Likhetshensyn taler derfor i mine øyne en slik utforming av regelverket imot. Videre er det ikke uvesentlig at undersøkelsen fra 1993 viste at 83 % av de som ble utvist kom fra ikke-vestlige land,⁶⁷ hvorav antakelig mange av disse oppholdt seg i Norge på grunnlag av asyl, i medhold av utl. § 8 annet ledd eller via kollektiv beskyttelse. Utl. § 15 hindrer utvisning i tilfeller hvor utlendingen risikerer tortur eller annen nedverdiggende behandling, men ellers foreligger ingen regel som hindrer at tredjelandsborgere blir returnert til fattigdom eller andre uverdige leveforhold. EØS-/EFTA-borgere blir på sin side stort sett returnert til vestlige leveforhold. Dette er et tankekors som i mine øyne oppfordrer til ideen om å diskutere utvisning på et bredere grunnlag enn hva som gjøres i dag.

⁶⁶ Jf. NOU s. 315 hvor det uttales at: ”Etter utvalgets vurdering gir gjeldende lov § 58 annet ledd første punktum dekkende uttrykk for EF-domstolens praksis og praktisering av direktiv 64/221. [...] Etter utvalgets oppfatning er § 58 annet ledd annet punktum derfor overflødig.”.

⁶⁷ Nybø II 1998 s. 302.

4.6 Utvisning av straffedømt utlending som har søkt asyl i Norge⁶⁸

4.6.1 Utlending som avventer endelig svar på asylsøknad

I NOU finnes det et eget kapittel om ”Unntak fra hovedregelen om at det kreves særskilt utstedt tillatelse for opphold og arbeid”, og herunder er asylsøkere som avventer svar på asylsøknad særskilt spesifisert.⁶⁹ At asylsøkere befinner seg i Norge uten noe formalisert tillatelse tilsiktes også videreført i lovforslaget da utvalget uttaler under vurderingen av nevnte unntakskapittel at:

”...Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå innholdsmessige endringer i de [gjeldende] unntak fra kravet om oppholdstillatelse som er beskrevet i kapittel 5.2.1.”⁷⁰

Videre foreslår utvalget i forsl. § 101 annet ledd å videreføre regelen i utl. § 40 om at vedtaket i asylsaker som hovedregel må være endelig før det kan iverksettes,⁷¹ hvilket tyder på at rundskrivet fra UDI som pålegger en prioritering av behandlingen av asylsøknad hvis søker har begått straffbar handling som kan medføre utvisning, vil fortsatt gjelde under en eventuell ny lov, jf drøftelsen under 3.7.1.

4.6.2 Utlending som har fått endelig svar på asylsøknad men som ikke kan returneres til hjemlandet sitt

Gjennomføring av utvisning av straffedømte utlendinger som trosser oppholdsforbudet avslaget på asyl innebærer og går i skjul overfor myndighetene vil ikke utarte seg annerledes enn beskrevet under 3.7.2 etter en eventuell ny lov, da lovverkets spesifikke utforming ikke har noen særlig betydning i denne sammenheng.

⁶⁸ En innvilgelse av asyl innebærer utstedelse av den generelle midlertidige oppholdstillatelsen, jf. forsl. § 38 jf. § 65.

⁶⁹ NOU s. 95.

⁷⁰ NOU s. 95.

⁷¹ Jf. NOU s. 427.

Som redegjort for under 3.7.2. har det vært en politisk utfordring å finne et oppholdsgrunnlag for utlendinger som er vernet etter non-refoulement, fordi et slikt oppholdsgrunnlag i utgangspunktet må signalisere at de egentlig ikke har noe grunnlag for å være i Norge annet enn at de nettopp er vernet mot å sendes ut. Løsningen er altså blitt innvilgelse av oppholdstillatelse som er unntatt de generelle reglene om midlertidig oppholdstillatelse i forsl. kapittel 9, og som vedvarer inntil vernet bortfaller, jf. forsl § 85. Bestemmelsen åpner for individuelle variasjoner i oppholdstillatelsens innhold, ved at utlendingsforvaltningen kan velge å pålegge utlendingen å oppholde seg på et bestemt sted samt å vedta at utlendingen ikke skal ha rett til å ta arbeid. Dette er nødvendig da grunnlaget for at utlendingen ikke har rett til en generell midlertidig oppholdstillatelse i Norge kan variere – det er mer rimelig at en utlending som får avslag på asylsøknaden sin får innvilget en rett til å arbeide i Norge inntil vernet etter forsl. § 84 faller bort, enn at en utlending som eksempelvis har gjort seg skyldig i terrorisme i Norge kan få en tilsvarende rett til å jobbe her etter endt soning. Dette tilsier jo også at om utlending som oppholder seg i Norge på slikt grunnlag utfører straffbare handlinger som medfører utvisning, vil ikke dette føre til noen endring i oppholdsgrunnlaget – bestemmelsen er anvendelig også på utlendinger som er utvist men som ikke kan returneres på grunn av regelen i forsl. § 84. Det kan derimot tenkes at forvaltningen vil ha anledning til å frata utlendingen retten til arbeid eller pålegge ham å oppholde seg på et bestemt sted, om dette ikke var tilfellet før den straffbare handlingen ble utført.

Det er også som nevnt opprettet en egen oppholdstillatelse i forsl. § 48 for utlendinger som har fått avslag på oppholdssøknaden sin, men som ikke kan returneres på grunn av praktiske returhindringer – typisk de tilfellene hvor regjeringen i hjemlandet ikke er samarbeidsvillige med hensyn til å ta i mot borgere som sendes ut fra Norge.

Bestemmelsen er en delvis videreføring av utl. § 17 sjette ledd, bortsett fra at man har valgt å operere med en egen tillatelse. Det er i forslaget uklart hva som vil skje i tilfeller hvor utlending med slik tillatelse utfører straffbar handling som medfører utvisningsvedtak. Normalt fungerer jo utvisningsreglene slik at de i seg selv opphever oppholdsgrunnlaget vedkommende er her på, men i et slikt tilfelle vil jo de praktiske returhindringene etter all

sannsynlighet fortsatt foreligge etter endt soning. Utvalget synes generelt sett ikke å ha opprettet en bestemmelse som fanger opp utviste utlendinger som ikke kan returneres av praktiske returhindringer, da § 48 etter ordlyden spesifikt kun inkluderer utlendinger som har fått endelig avslag på sin oppholdssøknad. Dette innebærer at utlendingen *enten* fortsatt vil oppholde seg i Norge i medhold av § 48 med fortsatt rett til arbeide og rett til å oppholde seg fritt i Norge (da § 48 ikke åpner for en individuell tilnærming på samme måte som forsl. § 84 gjør), *eller* vil havne i en kategori med ureturnerbare utlendinger uten noe formelt oppholdsgrunnlag å oppholde seg på – altså som et uløst problem. Dette vil øyensynlig også omfatte utviste utlendinger som, *uavhengig* av tidligere oppholdsgrunnlag, ikke kan returneres av praktiske returhindringer, som følge av mangelen på en generell bestemmelse som hjemler et alternativt oppholdsgrunnlag myntet på slike tilfeller.

4.6.3 De alternative oppholdsgrunnlagene i forsl. §§ 85 og 48

Som nevnt under 3.7.2 har det vært en politisk utfordring å finne en hensiktsmessig løsning i forbindelse med utlendinger som man ønsker returnert men som man ikke har anledning til å returnere, og bestemmelsene i forsl. §§ 85 og 48 er i så måte etterlenget. Forsl. § 85 er en god løsning i den forstand at teksten signaliserer at utlendingen som et *teoretisk utgangspunkt* ikke har grunnlag for å oppholde seg i Norge, jf bestemmelsens tittel ”Utlending *hvis eneste* [min utheving] grunnlag for opphold er..”, samt at man som påpekt har mulighet for individuelle variasjoner med hensyn til tillatelsens innhold. På den annen side er det vanskelig å se at utvalget har tenkt på behovet for å endre tillatelsens innhold hvis utlending med slik oppholdstillatelse utfører straffbar handling som medfører utvisningsvedtak – her vil man jo ønske å eventuelt frata utlendingen rett til å arbeide og å benytte seg av adgangen til å pålegge ham eller henne å oppholde seg et bestemt sted om dette ikke var tilfellet fra før, men bestemmelsen gir ingen klare henvisninger på at det er adgang til å endre vilkår som foreligger for en allerede innvilget oppholdstillatelse. En slik adgang burde av hensyn til utlendingen være klart hjemlet i loven. Det er imidlertid mulig at dette heller ønskes detaljregulert i en eventuell forskrift, da bestemmelsen åpner for en slik løsning.

Videre gjelder det også for forsl. § 48 at en løsning på den utfordring ureturnerbare utlendinger utgjør i seg selv er en bonus både av hensyn til utlendingene og utlendingsforvaltningen, særlig fordi lovverket via en slik bestemmelse anerkjenner utlendingens både psykologiske og praktiske behov for en reell tillatelse å oppholde seg på i Norge inntil hindringene faller bort. Dessverre synes altså ikke bestemmelsen å ta for seg problemet med utlendinger som er blitt *utvist* men som ikke kan returneres til hjemlandet sitt på grunn av praktiske returhindringer. Dette synes å være noe utvalget burde ha løst i et nytt lovforslag, samt at en slik løsning – eller snarere mangelen på en løsning - av likhetshensyn ikke synes å harmonere med at utlendinger som faller under forsl. § 85 kan bli fratatt retten til arbeid samt pålagt å oppholde seg et bestemt sted.

4.7 Forholdsmessighetsvurderingen

I forsl. § 81 foreslås forholdsmessighetsvurderingen i sitt hele videreført, og i utvalgets begrunnelser er det ikke nevnt noe særlig rundt dette.⁷² I annet punktum i forsl. § 81 står det derimot spesifisert at

”...[i] saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

Utvalget er av den oppfatning at:

”...det ut fra informasjonshensyn er ønskelig at det i visse sammenhenger i lovverket presiseres at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn.”⁷³

Derimot understrekes det videre at barnets beste ikke nødvendigvis skal få være avgjørende i enhver sak om utvisning.⁷⁴

⁷² Jf. NOU s. 419.

⁷³ NOU s. 92/ 93.

⁷⁴ NOU s. 315.

4.8 Unntak om utlending født i Norge

Utvalget velger i forsl. § 81 annet ledd å videreføre regelen om at utlending som er født i Norge og senere har hatt uavbrutt fast bopel her, skal ha et absolutt vern mot utvisning.⁷⁵ Derimot finner utvalget grunn til å presisere at vernet ikke er ment å fritta fra kravet om oppholdstillatelse i denne forbindelse. Om bestemmelsen sies altså at:

”... Den er således ikke til hinder for at en utlending som aldri har hatt noen gyldig oppholdstillatelse, for eksempel barn født i Norge mens foreldrene oppholder seg her som asylsøkere, kan pålegges å forlate landet.”⁷⁶

4.8.1 Krav om ”uavbrutt fast bopel”

I gjeldende rett er det som nevnt ikke kjent at vilkåret om ”uavbrutt fast bopel” er problematisert i praktiseringen av utvisningsreglene, jf. under 3.9 – men formuleringen kan synes noe uheldig i og med at den åpner for utvisning i tilfeller av opphold utenfor Norge som det ikke virker naturlig at lovgiver ønsker å ramme. Hensikten med en slik bestemmelse synes å være at utlending som er født her men som ikke føler noen særlig tilknytning til Norge ikke burde vernes på tilsvarende måte som utlending som ser på Norge som sitt definitive hjemland. Selv om forholdsmessighetsvurderingen i utgangspunktet skal hindre at utvisning vil skje i de tilfellene hvor det fremtrer som urimelig, virker det jo hensiktsmessig å konkretisere formuleringen noe når man først reviderer utvisningslovverket. For eksempel valgte jo utvalget å konkretisere vilkårene for utvisning av EØS-/EFTA-borgere, og begrunnet som nevnt dette med at:

”...En slik mangel på mer tydelige kriterier for når utvisning kan skje, er ikke fullt tilfredsstillende ut fra hensynet til rettssikkerhet.”⁷⁷

⁷⁵ Jf. NOU s. 316.

⁷⁶ NOU s. 419.

⁷⁷ NOU s. 314, jf også under 4.6.

Slike rettsikkerhetstanker burde også komme utlendinger som er født i Norge til gode. I dag er det i realiteten ikke satt noen rettslige sperrer for forvaltningens utøvelse av denne bestemmelsen. Dette åpner for at utlendingsforvaltningen kan velge å utvise en som er født i Norge begrunnet i at han eller hun i for eksempel arbeids- eller studiehenseende oppholdt seg utenfor Norge i en periode. Dette har vanskelig noe med utlendingens tilknytning til Norge å gjøre; og om noe kan deres tilknytning til Norge i mange tilfeller vurderes til å være like sterk som den til etniske nordmenn. Lovverkets løsning truer norskfødte utlendinger sin rettsikkerhet, og regelen burde endres i retning av å legge opp mer tydelige kriterier for hvor denne bestemmelsen er ment å ramme.

4.8.2 Burde denne beskyttelsen også gjelde utlendinger som kom til Norge som meget unge?

Utvalget tar opp til egen vurdering i utredningen hvorvidt det burde gis et absolutt vern til fordel for de som kom til Norge i særlig ung alder, og konkluderer med at en slik bestemmelse ikke bør innføres.

Norge er i slike tilfeller ofte nærmere til å burde ta ansvaret for utlendingens kriminelle løpebane enn hjemlandet, som også er fremhevet i Ot.prp.nr. 51 (2003-2004) og videre tatt frem i Rt. 2005.238, jf under 3.8. Dette fremhever også uvalget selv som et poeng.⁷⁸ Utlendingen vil videre gjennomgående ha en meget sterk tilknytning til Norge, og motsetningsvis liten tilknytning til sitt opprinnelige hjemland – men dette vil ikke alltid stemme. En absolutt regel vil også skape liten fleksibilitet – noe utvalget anfører som delvis avgjørende – og mangel på fleksibilitet kan tidvis føre til støtende resultater. Imidlertid kan en mangel på en slik sperre motsetningsvis føre til urimelige utvisningsvedtak, men utlendingsforvaltningen er i alle tilfeller forpliktet til å vurdere hvorvidt vedtaket er å anse som et uforholdsmessig tiltak. Denne vurderingen vil som allerede illustrert ta i betraktning alle de momentene som melder seg som relevante her til fordel for utlendingen – noe

⁷⁸ NOU s. 316.

utvalget anførte som avgjørende for utfallet av deres drøftelse. I praksis er det som nevnt under 3.8 ikke kjent at det har vært fattet vedtak om utvisning av utlendinger som kom til Norge som svært små barn, og i undersøkelsen foretatt av alle utvisninger basert på straffbare forhold i 2001 var den yngste ankomstaldere av utlendinger som ble utvist fra 10-12 år. Av de tilfellene som tok for seg yngre ankomstaldere, var det én sak som gjaldt en dom på 2 år og seks måneder for legemsbeskadigelse med kniv, grovt ran og vinnings- og narkotikaforbrytelser. I dette tilfellet var utlendingen også tidligere straffedømt for voldtekt og flere grove ran med pistol. Han kom til Norge som 2-åring. Videre var det også en som ble ilagt straff på 1 år og 9 måneder for legemsbeskadigelse, samt som fra før var dømt flere ganger for vinningsforbrytelser og også vold mot samboer samt trussel mot sønnen sin – og han kom til Norge som 8-åring. Det var til sammen 17 utvisningssaker vedrørende utlendinger som kom til Norge før fylte 10 år, og samtlige ble altså henlagt.⁷⁹ Forfatterne kommer konklusjonsmessig frem til at generelt kan det synes å gå en grense ved fylte 12 år ved ankomst med hensyn til hvem som beskyttes på grunn av lav ankomstaldere til Norge.⁸⁰ Oppsummeringsmessig tyder altså praksis på at utlendingsforvaltningen tar godt hensyn til ung ankomstaldere til Norge – noe som viser at en rettslig sperre i en slik sammenheng ikke synes å være nødvendig å opprette. En absolutt skranke vil heller fjerne fleksibiliteten man trenger ved slike tilfeller, samt at man fremmer allmennpreventive hensyn ved å opprettholde regelverket slik det er i dag.

4.9 Vedtaksmyndighet og saksgang

Utvisningskompetansen er hjemlet i NOU sitt lovforslag⁸¹ § 86 annet ledd jf. § 83, og ingen særlige endringer foreslås her – vedtakskompetansen skal fortsatt ligge hos UDI samt at politiet skal være organet som initierer til en eventuell utvisning. Dessuten videreføres UNE som rette klageorgan med hensyn til et utvisningsvedtak, jf. forsl. § 86 annet ledd jf. § 87. Hva angår arbeidsfordelingen mellom de ulike forvaltningsorganene, berøres ikke

⁷⁹ Hansen 2003 s. 93-94.

⁸⁰ Hansen 2003 s. 99-100.

⁸¹ NOU s. 438-463 (heretter "forsl.").

dette særlig i forslaget.⁸² Forvaltningsloven vil fortsatt være gjeldende i utvisningssammenheng, og med dette tilsiktes heller ingen endringer med hensyn til adgangen til å eventuelt bringe vedtaket opp til vurdering i domstolene eller Sivilombudsmannen. Politiets veiledningsplikt videreføres i forslagets § 92. Endelig vil et vedtak om utvisning etter forslaget i stor grad iverksettes på tilsvarende måte som i dag - altså med de begrensningene som foreligger av hensyn til at vedtaket i de fleste sammenhenger må være endelig, jf. forsl. § 101.

4.9.1 Iverksetting av vedtak som ikke er endelig

Utvalget foreslår at i de tilfeller hvor utlending søker på asyl og søknaden fremtrer som åpenbart grunnløs, skal det ikke lenger være mulig å sende vedkommende ut av riket før endelig vedtak foreligger dersom utlendingsforvaltningen i det konkrete tilfellet også vurderer opphold av humanitære grunner, jf. forsl. § 101 tredje ledd. Dette begrunnes i at det vil påbeløpe unødvendige utgifter og merarbeid i de tilfeller hvor UNE fatter en annen beslutning enn UDI og dermed er nødt til å hente tilbake til riket utlending UDI allerede har besluttet å sende ut.⁸³ I tilfeller hvor utlending som ikke har oppholdstillatelse besluttet utvist av UDI, jf. forsl. § 101 første ledd b), og altså sendt ut før endelig vedtak foreligger, vil øyensynlig de samme hensynene melde seg dersom utlendingen i ettertid får medhold i klage i UNE. Det virker derfor hensiktsmessig å utvide den foreslåtte regelens anvendelsesområde til å gjelde også her.

⁸² NOU s. 331.

⁸³ NOU s. 347.

4.10 Konsekvensene av utvisning

4.10.1 Innreiseforbudet

Det er fra utvalgets side foreslått å endre reglene om innreiseforbudet til å gjelde for minimum to år, fremfor ”som hovedregel” to år, jf. forsl. § 82. Dette begrunnes i at utvalget mener at en utvisning for en kortere periode enn to år

”...medfører en utvanning av skillet mellom bortvisning og utvisning.”⁸⁴

Utvalget sier videre at utvisning er en alvorlig reaksjon, hvilket i det minste burde føre til et innreiseforbud på to år – ellers bør utvisning unnlates.⁸⁵ Regelen om at innreiseforbudet for EØS-/EFTA-borgeres vedkommende kan oppheves på bakgrunn av særskilt søknad, søkes videreført med hensyn til alle utvisninger – altså også i forhold til tredjelandsborgere, jf. drøftelsen under 3.11.1.⁸⁶ Samtidig ønsker også utvalget at alternativet som etter gjeldende rett gjelder for tredjelandsborgere – altså at man etter søknad kan få anledning til kortvarige besøk i riket uten at innreiseforbudet oppheves – også skal få gjelde ved siden av opphevelsesalternativet, og da også for EØS-/EFTA-borgere, jf. forsl. tredje og fjerde punktum. I forbindelse med sistnevnte bestemmelse har utvalget funnet det hensiktsmessig å presisere at det må foreligge ”særskilte omstendigheter” for at slik innreise skal gis. Dette fører antakelig ikke til noen realitetsendring i praksis.

4.10.1.1 Generelle vurderinger av de foreslåtte reglene rundt innreiseforbudet

Den endringen utvalget foreslår med hensyn til at innreiseforbudets varighet bør settes til minimum to år, er ikke særlig drastisk. Det kan anføres at variasjoner mellom

⁸⁴ NOU s. 317.

⁸⁵ NOU s. 317.

⁸⁶ Utvalget hevder i denne forbindelse at ”bestemmelsen fastsetter heller ikke i forhold til tredjelandsborgere noe annet enn det som allerede i dag er gjeldende praksis,” jf. NOU s. 420.

enkelttilfellene tilsier at utlendingsmyndighetene burde inneha et komplett skjønn i forhold til innreiseforbudets varighet, men utvalget har et vesentlig og etter min mening avgjørende poeng når de påpeker hvordan innreiseforbudets varighet bør gjenspeile alvorligheten som ligger til grunn for et vedtak om utvisning – og at to år dermed burde være et minimum. Videre vil en slik minimumsgrense – som også påpekt av utvalget – bedre opprettholde et reelt skille mellom reaksjonene bortvisning og utvisning. I en undersøkelse foretatt av samtlige utvisninger i 1993 basert på straffbare forhold, konkluderer forfatterne dessuten med at tidsbegrensning ikke benyttes i særlig grad.⁸⁷ Under kapittelet om gjeldende rett påpekte jeg at regelverket la opp til en forskjell mellom tredjelandborgere og EØS-/EFTA-borgere hva angår innreiseforbudet, da EØS-/EFTA-borgere har adgang til å få innreiseforbudet opphevet etter særskilt søknad mens tredjelandborgere på sin side kun etter søknad har adgang til eventuelle kortvarige besøk til riket uten tilsvarende opphevelse av innreiseforbudet. Når utvalget legger opp til en videreføring av begge alternativer med hensyn til begge grupper utlendinger, fører ikke dette bare til likebehandling mellom de ulike grupper av utlendinger; flere alternativer for utlendingsforvaltningen vil til en viss grad åpne for å kunne tilpasse reaksjonen til hvert enkelttilfelle (selv om dette da eventuelt vil være noe som gjøres i ettertid uavhengig av selve utvisningsvedtaket og på eget initiativ fra den utviste utlendingen). Uansett kan dette dempe på utvisning som en reaksjon for utlendingens del, såfremt ikke utlendingsforvaltningen velger å kjøre en altfor streng praksis.

4.10.2 Innmelding i SIS

Den eneste endringen som foreslås som følge av en eventuell ny utlendingslov er en endring av henvisningen fra gjeldende utlendingslov til ny utlendingslov⁸⁸ – det foreslås altså ingen faktiske endringer i reglene rundt innmelding i SIS.

⁸⁷ Nybø 1996 s. 115.

⁸⁸ NOU s. 463.

5 De lege ferenda

I dette kapittelet skal drøftelser som i forbindelse med utvisning er å anse som mer prinsipielle og overordnede legges frem, og det første som skal vurderes er en eventuell avgjørelseskompetanse hos domstolene, og deretter hvorvidt utvisning bør klassifiseres som straff. Videre vurderes hvorvidt strafferammen er det ideelle utgangspunktet for utvisningsreglene, og om gjentakelsesfare bør være et generelt krav ved utvisning – samt deretter om det burde være adgang til å utvise barn. Avslutningsvis foretas en vurdering av forholdsmessighetsvurderingen og dens utforming særlig sett hen til dens rolle ved utvisning.

5.1 Bør avgjørelseskompetansen ligge hos domstolene?

Utvalget vurderer hvorvidt domstolene burde være de som fatter beslutning om utvisning, da i forbindelse med straffesaken som ligger til grunn for utvisningssaken. Flere land har valgt en slik løsning, og valget man har tatt i Norge om å legge kompetansen til forvaltningen har til stadighet vært oppe til debatt.⁸⁹ Det er flere gode grunner bak tanken om domstolskompetanse her, blant annet vil det være rettssikkerhetsmessig betryggende – noe også utvalget legger til grunn⁹⁰ – samt at man fremmer hensynet til objektivitet i avgjørelsen. Videre nevner utvalget også hensynet til at domstolene vil være godt opplyst om den straffbare handlingen som ligger til grunn for saken og alle omstendighetene rundt,⁹¹ og dessuten er en samkjøring av illeggelsen av straff og utvisningen hensiktsmessig fordi det i større grad åpner for en tilpasning av disse til hverandre – for eksempel i utslag

⁸⁹ Bunæs 2004 s. 320.

⁹⁰ NOU s. 312.

⁹¹ NOU s. 312.

av strafferabatt, som er praksis i Sverige og som også utvalget anfører som et poeng.⁹² Imidlertid sitter utlendingsforvaltningen i Norge inne med verdifull informasjon, og har dessuten opparbeidet seg et omfattende nettverk. Begge deler fører til raskere saksbehandling med hensyn til å samle inn informasjon rundt utlendingens hjemland – informasjon man er nødt til å sitte inne med for å fatte et rettsikkerhetsmessig betryggende vedtak. Utvalget har også et godt poeng når de påpeker hvordan en eventuell domstolsbehandling av prosessuelle grunner antakelig vil føre til en lite effektiv saksbehandling. Nå bør jo ikke effektivitet stå i veien for en rettsikkerhetsmessig betryggende behandling av utvisningssaken; men dagens ordning åpner for en behandling av saken i tre instanser; UDI, UNE og eventuelt domstolene eller Sivilombudsmannen. Dette burde være tilstrekkelig for å oppnå en rettsikkerhetsmessig riktig behandling og dermed resultat av saken. Derfor synes ikke løsningen om å legge kompetansen til domstolene nødvendigvis å være den beste løsning, noe også utvalget kommer frem til i sin vurdering.⁹³

5.2 Bør utvisning klassifiseres som straff?

Utvalget påpeker den likhet det ligger i at man ved straff fratar lovbrysteren et gode samt at man ved utvisning fratar utlendingen diverse rettigheter han eller hun har etter norsk lov. Utvisning er faktisk tapsmessig ofte verre for utlendingen enn det frihetstapet soningen av straffen utgjør. Videre viser utvalget til at både straff og utvisning til en viss grad begrunnes i allmennpreventive hensyn,⁹⁴ og en klassifisering av straff vil dessuten stille høyere prosessuelle og rettsikkerhetsmessige krav til rettsgangen ved utvisning. På den annen side er det også helt andre hensyn som ligger bak utvisning enn de som ligger bak idømmelse av straff. Utvisningspraksis i Norge er blitt kritisert for tilsynelatende å benyttes som et straffetiltak fremfor i fremmedkontrollhensyn, noe som i tilfelle er uheldig da straff i norsk rett er definert som:

⁹² NOU s. 312.

⁹³ NOU s. 313.

⁹⁴ NOU s. 311.

”...et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde”,⁹⁵

mens utvisning på sin side skal benyttes i fremmedkontrollsystemet, og er:

”...ikke å betrakte som en straff fra samfunnets side, men en konstatering av at de vilkår som er satt for oppholdet, ikke lenger er oppfylt.”⁹⁶

Det er av menneskelige hensyn i Norge heller ikke lov til å fradømme norske statsborgere sitt statsborgerskap – og de samme menneskelige hensynene melder seg jo også her, særlig når utlendingen har tilbrakt overvekten av sitt liv i Norge. Hvis man ved en klassifisering av utvisning som straff ønsker å oppnå prosessuelle og rettssikkerhetsmessige krav til rettergangen, synes heller en eventuell opprettelse av et slikt prosessuelt regelverk rundt utvisning å være heldigere. Det er ved utvisning et poeng at vedtaket nettopp ikke benyttes for å straffe utlendingen, noe en straffeklassifisering vil motarbeide. Dessuten ville det ikke lenger vil være et spørsmål om utvisning eller ikke i de tilfellene hvor påtalemyndigheten bare fører påstand om utvisning og utlendingen finnes skyldig – utlendingen skal jo straffes uansett. Med dette forsvinner de menneskelige aspektene man i mine øyne ikke kan overse, så som at utlendingen vil miste all kontakt med familie i Norge. En frihetsstraff vil ofte for utlendingens del ikke ha slike vidtrekkende konsekvenser. EMD finner heller ikke at utvisning er å betrakte som straff⁹⁷ - og dessuten vil en slik klassifisering føre til at man i tilfeller hvor utlendingen idømmes ordinær straff i tillegg, må avklare spørsmålet om dobbeltstraff. Utvalget kommer også frem til at en opprettholdelse av utvisning som et forvaltningsvedtak er å foretrekke.

⁹⁵ NOU s. 311.

⁹⁶ Bunæs 2004 s. 342.

⁹⁷ NOU s. 311/312.

5.3 Om strafferammen som utgangspunkt for utvisning

Utvalget viser i sin drøftelse til at den utmålte straffen gir uttrykk for straffverdigheten av den handlingen vedtaket baserer seg på, men understreker videre at straffeutmålingen også kan basere seg på andre ting – så som lang ventetid på rettssak og dårlige oppvekstvilkår. Dette mener utvalget ikke har noen betydning i vurderingen av hvorvidt utlendingen bør utvises, og at hensiktsmessigheten av å ha utmålt straff som grunnlag dermed svekkes.⁹⁸ Videre viser utvalget til at de allmennpreventive virkningene ved dette vil svekkes, fordi de mindre straffovertredelsene vil nettopp ikke føre til utvisning. Heller ikke vil straffutmålingen øke særlig ved gjentakelse, slik at man i disse tilfellene aldri vil kunne ”nå opp” til å kvalifisere utlendingen for utvisning.⁹⁹ Utvalget viser også til forholdsmessighetsvurderingens rolle og at denne vurderingen hindrer utvisning ved de mest urimelige tilfellene, da en basering av utvisningsadgangen på straffebudenes strafferammer i første omgang fører til en vid utvisningsadgang.¹⁰⁰ At strafferammen fortsatt er det mest hensiktsmessige å basere utvisningsadgangen på er altså det utvalget konkluderer med.

Til dette er det mange innsigelser. Man har av menneskelige hensyn valgt at omstendigheter som at utlendingen har hatt dårlige oppvekstvilkår og at utlendingen lenge har ventet på en behandling av rettssaken sin er omstendigheter man tar hensyn til ved straffutmåling – og jeg kan ikke se at disse hensyn ikke melder seg i like stor grad ved utvisning. Ofte vil utvisning som nevnt ha større individuelle konsekvenser for utlendingens del enn selve soningen, og dette er i mine øyne tilstrekkelig til å begrunne at individuelle fortidige forhold ikke nødvendigvis bør utelukkes ved hva som skal tas i betraktning i utvisningssaker.¹⁰¹ Videre må det henvises til utl. § 29 c) samt forsl. § 77 c) som hjemler utvisningsadgang ved gjentakelse av kriminelle forhold av utlendinger uten noen form for oppholdstillatelse. Det finnes altså en utvisningshjemmel ved gjentakelse,

⁹⁸ NOU s. 313.

⁹⁹ NOU s. 313.

¹⁰⁰ NOU s. 313.

¹⁰¹ Bunæs 2004 s. 320.

hvilket man ved en eventuell endring av vedtaksgrunnlaget til utmålt straff kunne tilpasse slik at de allmennpreventive formål ble opprettholdt – samt kunne man også i større grad benytte seg av bortvisningsreglene for å fremme allmennpreventive hensyn. Dette synes mer i tråd med hvor utvisning er ment å ramme, da gjeldende strafferammealternativ faktisk åpner for utvisning i de aller fleste tilfeller av overtredelse av straffebud hva angår utlendinger i Norge. Eksempelvis vises her til undersøkelse av alle utvisningsvedtak foretatt i 1993 på basis av straffedømte utlendinger, hvor forfatter viser til utlendinger som fyller kravene til bosettingstillatelse, og sier at:

”...[d]et er bare et fåtall [av straffebudene] som har en strafferamme på under 3 år, som er [utlendings]lovens høyeste grense. Den *ilagte* straff er vanligvis lavere, som oftest innenfor den nedre tredjedel av strafferammen. En utlending som blir idømt 14 dager betinget fengsel for tyveri, kan altså i utgangspunktet utvises selv om han har bosettingstillatelse og krav på lovens sterkeste vern.”

Forfatteren konkluderer på et generelt grunnlag med at:

”... utlendinger kan utvises for alle typer lovbrudd, uansett oppholdsgrunnlag, men at utlendinger som fyller vilkårene for bosettingstillatelse, er vernet mot å bli utvist på grunn av promillekjøring.”¹⁰²

Det var heller ikke departementets opprinnelige hensikt at så mange straffebud skulle inkluderes som grunnlag for utvisning, særlig ikke når det gjaldt utlendinger som fylte kravene til bosettingstillatelse – her mente man at:

”...[d]et er imidlertid klart at adgangen til å bortvise og utvise utlending med bosettingstillatelse bare skal gjelde ved alvorlige forbrytelser. [...] Ved en strafferamme på f.eks. 3 år vil adgangen til å bortvise/utvise bli svært vid. En har overveid en strafferamme på 5 år, men er blitt stående ved ”10 år eller mer”. ”¹⁰³

Justiskomiteen mente at en strafferamme på 3 år heller var bedre egnet som grunnlag, og henviste i den forbindelse til den alminnelige rettsoppfatning. For å hindre urimelige utslag av en vid utvisningsadgang, viste komiteen – så som utvalget her gjør – til

¹⁰² Nybø II1998 s. 297.

¹⁰³ Ot.prp.nr 46 (1986-87) s. 132.

forholdsmessighetsvurderingen.¹⁰⁴ Når det gjelder undersøkelsen av utvisningsvedtakene i 1993 hva angår praktiseringen av forholdsmessighetsvurderingen, kommer forfatteren frem til at:

”...Det er [...] bare i sakene hvor den utmålte straff er lav, at tilknytningen blir tillagt avgjørende vekt. Ved lengre dommer kan utlendingen ha nesten hvilken som helst tilknytning, uten at utvisningen blir ansett for å være et uforholdsmessig tiltak. Dette gjør at forholdsmessighetsvurderingen [hva angår de sakene som var med i undersøkelsen] bare gir seg reelt utslag i ca. 20 % av sakene der utlendingen har tilknytning til Norge.”

Oppsummeringsmessig åpner altså regelen om utvisning basert på strafferamme for en svært vid utvisningsadgang hvor de potensielt aller urimeligste utvisningene kun hindres av den vurderingen forvaltningen er pålagt å ta via forholdsmessighetsvurderingen – og selv den setter ingen konkrete rettslige sperrer og praktiseres også svært strengt. Av hensyn til de urimelige vedtak et slikt utvisningsgrunnlag åpner for virker det mer hensiktsmessig å basere utvisningsadgangen på utmålt straff, samt at den utmålte straffen synes også å være et bedre mål på alvorret av den straffbare handlingen.¹⁰⁵ En slik regel vil i mine øyne i større grad åpne for utvisning der utvisning faktisk burde ramme. Subsidiært mener jeg at de strafferammene utvalget har lagt seg på burde revurderes til fordel for utlendingene i Norge i dag.

5.4 Hvilken plass bør momentet om gjentakelsesfare ha ved utvisning?

Uvisningsinstituttet begrunnes særlig i allmennpreventive hensyn samt i den alminnelige rettsfølelse. Utlendingsforvaltningens adgang til utvisning er et ledd i den generelle fremmedkontrollen, men fremmedkontrollen ligger ikke her i beskyttelse mot ytterligere fremtidige straffbare handlinger fra utlendingens side. Den ligger i det å sende signaler ut til andre utlendinger om hvilke vilkår som settes for deres opphold her.¹⁰⁶ Ved forarbeidene

¹⁰⁴ Nybø II 1998 s. 298.

¹⁰⁵ Jf. også Nybø II 1998 s. 297.

¹⁰⁶ Jf. NOU s. 309 samt Bunæs 2004 s. 327.

til gjeldende utlendingslov foreslo utvalget at risiko for tilbakefall burde foreligge som et tilleggsvilkår, og uttalte i den forbindelse at:

”...[u]tvisningen bør ikke være noe tilleggsstraff. Har utlendingen gjort opp for seg, her eller i utlandet, bør det straffbare forhold ikke fortsatt ha rettsvirkning som utvisningsgrunnlag. Det avgjørende i forhold til utvisningen må derfor være risikoen for at han vil begå nye straffbare handlinger.”

Videre poengterte utvalget at:

”...Det er hans fremtidige forhold som er av betydning for fremmedkontrollen, ikke hans tidligere lovbrudd, isolert sett.”¹⁰⁷

Dette er et perspektiv som synes noe oversett i forbindelse med utvisning av straffedømte tredjelandsborgere, og vurderingen ligger i om individuell gjentakelsesfare burde ligge som et vilkår også her. Det er et viktig poeng at hindring av fremtidige lovbrudd mot det norske samfunnet begått av utenlandske statsborgere i større grad synes å være et effektivt middel i fremmedkontrollen enn utvisning på bakgrunn av allerede begåtte straffbare handlinger uavhengig av risiko for fremtidig gjentakelse. Et slikt vilkår ble som kjent ikke tatt til følge i gjeldende utlendingslov, og utvalget var her delt i to. Mindretallet mente blant annet at:

”...[m]an risikerer [...] at utlendinger som dømmes for alvorlige straffbare handlinger [...], ikke kan utvises fordi det ikke foreligger noen påviselig fare for nye straffbare handlinger. Etter mindretallets syn vil utvisningsregler som er betinget av gjentakelsesfare, innebære en meget uheldig svekkelse av utvisningsadgangen.”¹⁰⁸

Disse begrunnelsene lå også gjennomgående til grunn for de forskjellige høringsinstansers negative holdning til et slikt tilleggsvilkår. Den Norske Advokatforening uttalte motsetningsvis at de var uenige i mindretallets syn, og påpekte videre at:

”...[r]ettssikkerheten bør være et gode for alle som gis adgang til opphold og arbeid i Norge. Antagelig vil det være få som fyller vilkårene for dette, men er først disse vilkår oppfylt, bør

¹⁰⁷ Ot.prp.nr 46 (1986-87) s. 128.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr 46 (1986-87) s. 129.

vedkommende behandles mest mulig på linje med andre i Norge. Overfor den som på lovlig måte har etablert bolig, arbeid og kanskje familie i Norge, er det uhyre søkt å legge til grunn at han egentlig ikke hører til her og derfor lett bør kunne utvises.”¹⁰⁹

Likebehandling fremmer seg også som et stikkord i forbindelse med utvisning av EØS-/EFTA-borgere, hvor individuell gjentakelsesfare altså er et krav, mens man ikke har adgang til å ta allmennpreventive hensyn i betraktning. I NOU understreker utvalget at de er prinsipielt enige i at utvisning av EØS-/EFTA-borgere kun kan skje når det er nødvendig for å unngå fremtidige ”trusler mot sikkerhet eller offentlig orden”, men påpeker også her de bevismessige vanskelighetene som melder seg.¹¹⁰ Man kan vel få inntrykk av at man ikke hadde valgt en slik løsning om ikke EØS-avtalen pålegger det.

Selv om det ikke foreligger et objektivt krav om å vurdere tilbakefallsrisikoen for tredjelandsborgere sitt vedkommende, er det ikke irrelevant å ta det i betraktning. Departementet uttalte i forbindelse med utkastet til gjeldende utlendingslov at:

”...[i] noen grad kan typen av lovbrudd indikere at lovbrøyteren er sterkt involvert i kriminelle aktiviteter, [...] mens andre har preg av å være mer situasjonsbetinget. Slike forhold er det relevant å ta hensyn til, men det er noe annet enn å lovfeste at individuell tilbakefallsrisiko skal vurderes.”¹¹¹

Denne uttalelsen ble sitert av retten i Rt. 1996.551, samt at i Rt. 2005.229 valgte Høyesterett å ikke utvise vedkommende og uttalte i den sammenheng blant annet at:

”..Jeg legger også noe vekt på at de straffbare forhold synes å ha vært et situasjonsbetinget engangstilfelle..”

Det foreligger heller ikke noe lovbestemt krav etter EMK art. 8 at tilbakefallsrisikoen skal vurderes.¹¹²

¹⁰⁹ Ot.prp.nr 46 (1986-87) s. 130.

¹¹⁰ NOU s. 315.

¹¹¹ Ot.prp.nr 46 (1986-87) s. 131.

¹¹² NOU s. 309.

Likebehandlingshensyn tilsier at det burde ligge en tilnærmet lik vurdering til grunn for hvorvidt en tredjelandsborger skal utvises på bakgrunn av straffbar handling som den vurdering som ligger til grunn for utvisning av straffedømt EØS-/EFTA-borgere.

Likebehandling er også et moment utvalget selv fremhever som viktig i forbindelse med drøftelsen av hvem som burde inneha avgjørelseskompetansen i utvisningssaker¹¹³ - og når utvalget ønsker å sikre likebehandling i den administrative behandlingen av utvisning, burde jo også lovverket som ligger til grunn for utvisning i seg selv fremme nettopp dette. Imidlertid er det vitenskapelig støtte for at det foreligger betydelige bevisvansker rundt gjentakelsesfare; det være seg i forbindelse med straffesaker, utlendingssaker eller andre saker det vil være relevant. I forbindelse med krav om gjentakelsesfare ved den tidligere strafferettslige reaksjonen sikring, er det i teorien uttalt at

”...[u]ndersøkelser viste at det var svært vanskelig å forutsi farlighet – gjentakelsesfare. [...] Når retten tok stilling til farlighetsspørsmålet hadde det mer preg av gjetning, enn av faglig fundert vurdering.”¹¹⁴

Videre er det ikke bare i rettslig teori gjentakelsesfare er omstridt. Psykiatrisk sakkyndige er ofte henvist til å uttale seg om gjentakelsesfare i rettssaker, og også i psykiatrisk teori er det betenkeligheter rundt det å slå fast påstander om siktedes mentalitet med altfor stor sikkerhet -

”... påstander som ikke har vært forankret i psykiatrien som fag”.¹¹⁵

Senter Mot Etnisk Diskriminering (SMED) ser på sin side mot den løsningen de har valgt i Sverige, hvor de i Utlänningslagen § 7 har lagt frem to alternative krav ved utvisning; enten at det foreligger gjentakelsesfare eller at utlendingen har gjort seg skyldig i en særlig alvorlig forbrytelse.¹¹⁶ Dette er en løsning som virker hensiktsmessig.

¹¹³ NOU s. 312.

¹¹⁴ Hennum (2002). Her viser hun særlig til Mathiesen, Thomas (1990). *Side et hundre og fem*. I: Hefte for Kritisk Juss (1990), s. 23-49.

¹¹⁵ Halvorsen (2000).

¹¹⁶ SMED (2003). ”*Forslag om endringer i utlendingsloven*” [online]. Tilgang: <http://www.smed.no/artikkelID.asp?artikkelID=238> [Sitert 15.11.2005].

Et eventuelt lovbestemt tilleggsvilkår om påvist tilbakefallsrisiko vil kanskje legge for store krav til utenlandsforvaltningens bevisføring i slike saker, men å pålegge utenlandsforvaltningen å vurdere gjentakelsesfaren som et ledd i forholdsmessighetsvurderingen – eller eventuelt å kopiere den svenske løsningen - kunne vært et grep som fremmet rettssikkerhet for tredjelandsborgere samt generell likebehandling i større grad.

5.5 Burde det være adgang til å utvise barn?

Utvalget tar også opp til vurdering hvorvidt utlendinger som begår straffbare handlinger i alderen 15 til 18 år bør ha et absolutt vern mot utvisning inntil fylte 18 år. De kommer frem til at et slikt vern ikke bør opprettes, primært begrunnet i at forholdsmessighetsvurderingen i deres øyne tilstrekkelig ivaretar de særlige hensyn som melder seg her – typisk at vedkommende er ung samt andre individuelle hensyn. Det synes for øvrig noe merkelig at utvalget ikke nevner at barnets beste foreslås spesifikt nevnt som et vesentlig moment i forholdsmessighetsvurderingen; dette vil jo understreke hensynet til utlendingens unge alder ytterligere. Videre viser utvalget til barneranere som eksempel hva gjelder allmennprevensjon. Utvalget tror at en bakenforliggende trussel om at man kan bli utvist har en preventiv virkning, og at dette blir særlig viktig da straffereaksjoner har vist seg å ikke ha tilstrekkelig preventiv effekt i slike tilfeller. Det foreligger mange gode grunner for å opprettholde en utvisningsadgang her, og i stor grad er det de samme hensynene som melder seg i forbindelse med utvalgets forslag om å opprettholde adgangen til å utvise utlendinger som kom til Norge i meget ung alder – også hensynet til at man opprettholder fleksibiliteten man synes å behøve ved slike avgjørelser. Imidlertid foreligger den vesentlige forskjell at ved utvisning av en som kom til Norge i meget ung alder, så er vedkommende myndig og etter loven i stand til å ivareta sine egne interesser – mens i henliggende tilfelle er det snakk om å utvise utlending som ikke er myndig, og som i andre rettslige sammenhenger er fratatt muligheten til å råde over sitt eget liv. Det synes i mine øyne noe forunderlig at staten mener at et barn ikke er gammel nok til å kjøre bil, til å stemme eller til å røyke samtidig som at han eller hun må anses gammel nok til å ta vare på

seg selv i et annet land som vedkommende kanskje ikke har noen særlig tilknytning til eller grunnlag for å kunne klare seg særlig godt i. Det er klart at forholdsmessighetsvurderingen vil ivareta alle relevante hensyn i slike saker, men når utvalget velger å opprettholde adgangen til utvisning her vil det jo uansett foreligge en reell mulighet for å bli utvist. Man kan her anføre at vedkommende er gammel nok til å stå strafferettslig ansvarlig for sine handlinger, og at man dermed burde kunne anse vedkommende som gammel nok til å bli utvist. Allikevel er det vesentlig at kriminalomsorgen i Norge er et apparat staten selv har kontroll over, og at staten i slike tilfeller kan føle seg trygg på at vedkommende blir oppfulgt i betryggende grad på alle vesentlige måter – ved utvisning overlates vedkommende til en skjebne Norge ikke har noen kontroll over; de eneste sperrene man har er at vedkommende er sikret å ikke bli utsendt i strid med prinsippet om non-refoulement. Det kan hende at man med en absolutt regel i slike tilfeller må fatte vedtak som oppfattes som støtende, men i alle tilfeller er vedkommende en person Norge har valgt å anse som et barn i mange vesentlige rettslige sammenhenger – hvilket i mine øyne taler for at vedkommende må være å anse som for ung også her. Som konklusjon mener jeg at man burde opprette en absolutt skranke for utvisning i slike tilfeller; uansett vil det ikke føre til store endringer av praksis da praksis på området for det første ikke er særlig omfattende samt for det andre antakelig sjeldent resulterer i utvisning uansett.

5.6 Er forholdsmessighetsvurderingen utformet på best mulig egnet måte?

Utvalget har i sin generelle utforming av regelverket i stor grad valgt å sette sin lit til forholdsmessighetsvurderingen og dens rolle som en skranke for urimelige avgjørelser. I teorien foreligger det allerede kritikk mot forholdsmessighetsvurderingens utforming, blant annet det at

”...[h]va som er uforholdsmessig, blir sett på som et politisk spørsmål, og Stortinget har gjennom lovens vide formulering helt overlatt til forvaltningen å bestemme hvor grensene skal gå.”¹¹⁷

¹¹⁷ Nybø II 1998 s. 299.

Det er et generelt synspunkt i rettsteorien at forvaltningen - som et resultat av denne mangelen på rettslige skranker - har lagt seg på en meget streng linje i sin praksis av forholdsmessighetsvurderingen. Dette hevdes også som nevnt av forfatteren av undersøkelsen fra 1993, som viser til at utlendingen

”...[v]ed lengre dommer kan [...] ha hvilken som helst tilknytning, uten at utvisningen blir ansett for å være et uforholdsmessig tiltak.”¹¹⁸

Undersøkelsen resulterte i utviklingen av en teori; ”terskelteorien”. Denne teorien gikk ut på at det foreligger en terskel, og at et straffbart forhold som overgikk denne terskelen førte til utvisning uansett tilknytning, om det ikke forelå svært spesielle omstendigheter.¹¹⁹ Terskelen ble anslått til å ligge rundt utmålt straff på ett år – altså er selve *utgangspunktet* utvisning ved idømte straffer over dette, og man må snarere fremlegge argumenter for at utlendingen burde få bli i Norge enn å argumentere for utvisning. Dette synes ikke å ha vært den opprinnelige hensikten med forholdsmessighetsvurderingen. Forfatteren av undersøkelsen kommer også frem til at:

”...[d]et er ingenting som tilsier at forholdsmessighetsvurderingen skal være reservert for lave straffer. Etter mitt syn ville praksis vært mer i samsvar med lovens ordlyd og forarbeider hvis utvisning av utlendinger med sterk tilknytning som hovedregel var uforholdsmessig, med mindre de var dømt for særlig alvorlige forbrytelser. Forholdsmessighetsvurderingen ville da fungere som en reell sikkerhetsventil, slik den var ment.”¹²⁰

Selv om det har skjedd en utvikling i Høyesterett i forhold til forholdsmessighetsvurderingen ved at de har slått fast full prøvelsesrett, praktiseres den fortsatt strengt – og da stort sett begrunnet i hvordan forvaltningen selv praktiserer vurderingen, jf også under 3.8. Spørsmålet er altså om lovgiver burde vurdere å omformulere forholdsmessighetsvurderingen, eventuelt ved å spesifisere noen rettslige

¹¹⁸ Nybø II 1998 s. 300. Undersøkelsen var sentrert rundt utlendinger med tilknytning til Norge, men det er jo også i disse tilfellene hvor forholdsmessighetsvurderingen blir aller mest sentral. Utlendinger uten tilknytning til Norge har stort sett ingen særlige motsetninger mot å bli utvist av landet.

¹¹⁹ Nybø 1996 s. 115/116.

¹²⁰ Nybø II 1998 s. 306.

retningslinjer. Dette kunne vært et poeng sett hen til den avgjørende rollen utvalget har valgt å gi forholdsmessighetsvurderingen.

Hvert tilfelle av utvisning er svært individuell og følgelig blir alltid forholdsmessighetsvurderingen en helt konkret vurdering. Som følge av dette er det vanskelig å binde opp skjønnet ved rettslige retningslinjer. Utvalget har valgt å spesifisere hensynet til barn via en formulering som i seg selv ikke binder opp skjønnet vesentlig – men for at forholdsmessighetsvurderingen skal forbli en helhetlig vurdering hvor de enkelte momentene veies slik som man i hvert konkrete tilfelle finner mest hensiktsmessig, blir det vanskelig å spesifisere ytterligere momenter. En slik løsning vil gi inntrykk av en klassifisering av momentene som A- eller B-momenter, alt ettersom hvorvidt momentet er spesifikt nevnt i lovteksten – og vil videre føre til en utvanning av den tilsiktede helhetsvurderingen. På den annen side er det to momenter jeg mener har for liten plass i vurderingen i dag; momentet om utlendingens livsførsel *etter* idømt straff, samt hvorvidt det er fare for gjentakelse. Førstnevnte moment finner jeg vesentlig fordi oppførselen etter idømt straff kan gi en pekepinn på hvorvidt utlendingen synes å ville videreføre en kriminell livsførsel – hvilket igjen henger godt sammen med sistnevnte moment, og i den forbindelse henviser jeg til 5.4 for en redegjørelse av mine motiver. Dette er to momenter som i mine øyne alltid er vesentlig men som ikke tillegges tilstrekkelig vekt slik forholdsmessighetsvurderingen praktiseres i dag. Derfor mener jeg at disse burde spesifiseres som veiledende retningslinjer i lovteksten. Utover dette mener jeg forholdsmessighetsvurderingen burde endres fra å ha utvisning som en hovedregel til det å benytte seg av utvisning i tilfeller hvor det er absolutt nødvendig – hvilket da også burde spesifiseres i lovteksten. I den forbindelse ønsker jeg å gjenta Den Norske Advokatforenings uttalelser i forarbeidene til gjeldende utlendingslov:

”Overfor den som på lovlig måte har etablert bolig, arbeid og kanskje familie i Norge, er det uhyre søkt å legge til grunn at han egentlig ikke hører til her og derfor lett bør kunne utvises.”

Samtidig skal det nevnes at ”terskelteorien” ble vurdert i en undersøkelse fra 2001, og der kom man frem til en mildere versjon av denne teorien enn hva man antok på basis av

undersøkelsen fra 1993.¹²¹ Allikevel er lovteksten meget vid og resulterer i at den vurderingen som av utvalget tillegges en avgjørende rolle, innehar et stort rom for politiske påvirkninger. Man har dermed ingen rettslige sperrer som kan hindre en praksis basert på den opprinnelige terskelteorien. Til dette mener jeg vurderingen har altfor viktige menneskelige aspekter. En forholdsmessighetsvurdering som i lovteksten spesifiserer enkelte av de vesentlige momentene som i dag tillegges vekt vil føre til en distansering fra den helhetsvurderingen forholdsmessighetsvurderingen er og bør være, men en endring av lovteksten til å spesifikt vektlegge utlendingens livsførsel etter ilagt dom og fare for gjentakelse, samt en omformulering slik at utgangspunktet ved utvisning endres, vil i mine øyne motsetningsvis føre til at momenter som i dag ikke vektlegges tilstrekkelig, vil få sin rette plass i vurderingen. Departementet har som nevnt i et høringsbrev foreslått å spesifisere momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen i forskrift.¹²² Dette vil eventuelt være et skritt i riktig retning da man ved en slik løsning i større grad sikrer en enhetlig praksis samtidig som man vil kunne signalisere at forholdsmessighetsvurderingen skal forbli en konkret helhetsvurdering. Dette er fordi spesifiseringen ikke vil være i selve lovteksten men på forskriftsnivå.

¹²¹ Hansen 2003 s.141/142.

¹²² Høringsbrev om forslag til endringer i utlendingsloven (2003) [online]. Tilgang: http://odin.dep.no/krd/norsk/dok/hoeringer/paa_hoering/016081-080021/dok-bn.html [Sisert 18.11.2005].

6 Konklusjon

Spørsmålet stilt innledningsvis var hvorvidt det foreslåtte utvisningsregelverket rettssikkerhetsmessig er så godt som det bør og kan være. Et godt svar på spørsmålet fordrer en samvittighetsfull vurdering av alle momenter som melder seg, ellers har man i mine øyne ikke et særlig godt utgangspunkt for å ta et kritisk standpunkt til utvalgets vurderinger og vektlegging av momentene. Å konkludere med å legge frem det ideelle utvisningsregelverket mener jeg at jeg ikke har grunnlag for da jeg av tidsmessige årsaker ikke har hatt mulighet til å foreta en fullverdig vurdering og vektlegging av alle momenter som foreligger – så som nyere praksis, holdninger og retningslinjer innen utlendingsforvaltningen, lavere rettsinstansers avgjørelser eller regelverk og praksis i andre nordiske land. Allikevel mener jeg at jeg har grunnlag for å legge frem noen prinsipielle hovedlinjer utvisningsregelverket i mine øyne bør legge seg på.

Et utvisningsvedtak skal være godt vurdert opp mot utlendingens personlige forhold. Gjeldende regelverk og utvalgets foreslåtte regelverk tar utlendingens personlige forhold i betraktning ved forholdsmessighetsvurderingen – en vurdering hvor alle personlige forhold rettslig sett er relevante. Allikevel mener jeg at det finnes personlige forhold ved utlendingen som ikke tas i betraktning i tilstrekkelig grad – primært forhold som ligger i utlendingens fremtid; utlendingens livsførsel etter den kriminelle handlingen, fare for gjentakelse og hvilke forhold han blir returnert til. At det er fortidige forhold som legger opp til en sak om utvisning er åpenbart. At fortidige forhold skal være de vesentligste momentene som legges til grunn ved utvisning er i mine øyne langt fra like åpenbart. Utvisningspraksis i dag gir ved dette et inntrykk av å inneha en del av den samme vurderingsformen som straff – hvor altså de fortidige forhold er de som er relevante – og i den forbindelse er det viktig å huske på at utvisning skal være et ledd i fremmedkontrollen, og at det derfor er viktig å opprettholde klassifiseringen av utvisning som et administrativt

vedtak. Fremmedkontrollen praktiseres i mine øyne best ved å se hen til hvorvidt det var et engangstilfelle fra utlendingens side – altså om det foreligger fare for at utlendingen har utsikter til å forbli kriminell også fremover, eller hvorvidt han eller hun har innstilt seg på en redelig fremtid i Norge. Med ”best” mener jeg ikke her mest effektivt; men mest *forsvarlig* sett hen til at man får en riktig avveining mellom hensynet til en reell beskyttelse mot kriminalitet begått av utlendinger og hensynet til at utlendinger bosatt i Norge også kan leve her på mest mulig lik linje som nordmenn. Likhets hensyn er altså i mine øyne vesentlig. Hva gjelder allmennpreventive hensyn er det viktig å se at utvisningsregelverket *i seg selv* har en allmennpreventiv virkning overfor utlendinger. Om man konkret begrunner utvisningsvedtak i en reell fare for gjentakelse vil altså ikke utvisningsregelverkets allmennpreventive virkning forsvinne. Det virker derfor unødvendig å konkret begrunne utvisningsvedtak i allmennpreventive hensyn, særlig sett hen til konsekvensene dette har for den enkelte. De allmennpreventive virkningene straffebestemmelsene har må heller ikke overses. Når det gjelder likhets hensyn, er det viktig å huske på at det straffesystemet vi har lagt opp til i Norge i dag er et system vi finner tilstrekkelig for å straffe etniske nordmenn. Dermed burde jo også straffen ilagt i domstolene være tilstrekkelig for at utlendinger skal gjøre opp for seg for en tilsvarende straffbar handling. Dessverre gir utvisningspraksis i dag tidvis et inntrykk av at ”man utviser fordi man *kan*”, jf. også uttalelse i teorien om at:

”...[o]verfor utlendinger som er bosatt i Norge, har myndighetene et kriminalpolitisk virkemiddel som de ikke har overfor norske statsborgere. Dette innebærer en forskjellsbehandling mellom norske statsborgere og andre, som det er vanskelig å se gode grunner for.”¹²³

Dette begrunner også mitt endelige standpunkt om at utgangspunktet i forholdsmessighetsvurderingen bør endres slik at utvisning faktisk benyttes som en sikkerhetsventil, samt at man bør basere de objektive utvisningsreglene på utmålt straff fremfor strafferamme. I mine øyne vil en slik løsning ikke bare føre til at utvisning rammer der det faktisk er nødvendig – i tillegg vil man også fremme en mer personlig tilnærming til utvisning.

¹²³ Nybø II 1998 s. 305.

Videre melder likhetstanken seg altså ikke bare i forbindelse med utlendinger og etniske nordmenn, men også i forbindelse med distinksjonen EFTA-/EØS-borgere og tredjelandsborgere. Regelverket legger klart opp til en forskjellsbehandling mellom disse kategorier av utlendinger, primært begrunnet i tanken om at utvisning er en begrensning i den EU-rettslige bevegelsesfriheten. Jeg kan se at Norge må oppfylle sine EØS-rettslige plikter og at en reduisering av utvisningsvilkårene i så henseende blir feil – men jeg mener at man heller kan *heve* nivået utvisning av tredjelandsborgere ligger på, da ved å pålegge utenlandsforvaltningen å vurdere gjentakelsesfaren som et ledd i forholdsmessighetsvurderingen, eventuelt ved å legge opp til en slik løsning de har valgt i Sverige. For det første fremmer det likhetshensyn. I mine øyne er dette viktig fordi jeg finner en slik rangering av utlendingene urimelig, særlig også sett hen til at tredjelandsborgere kommer fra land som i større grad er preget av dårligere kår – utvisning burde i den forbindelse diskuteres på et bredere grunnlag. Likhetsbetyngningene er imidlertid til en viss grad ivarettatt ved revideringen av reglene om innreiseforbudet. For det andre mener jeg altså at det ligger en egenverdi i et krav om vurdering av gjentakelsesfaren.

Utvalget ønsker i stor grad å fremme hensynet til fleksibilitet i vedtakene, stort sett begrunnet i et ønske om å unngå støtende resultater. Jeg anser meg enig i at man ikke bør opprette et absolutt forbud mot utvisning av de som kom til Norge i svært ung alder. Fleksibilitetshensynet gis også utslag i regelen om innvilget permanent oppholdstillatelse samt også adgang til utvisning av barn. Her mener jeg derimot at hensynet til fleksibilitet gis for stor plass på bekostning av rettssikkerhetshensyn hvis oppfyllelse burde vært et minstekrav.

Utvalgets forslag til utvisningsregelverk er altså i mine øyne ikke så godt som det bør og kan være. Dette begrunnes i enkelte regeltekniske uheldige løsninger, men altså primært i de hovedlinjene jeg her har lagt frem. Utvisning er en vesentlig del av fremmedkontrollen, men utvisningsinstituttet vurderer jeg som integreringshemmende sett hen til signaleffekten lovverket praktiserer av lovverket har. Blant annet finner jeg den konkrete utførelsen av

regelverket som en praksis som dessverre i for stor grad overser menneskelige hensyn. Det er mye som gjenstår før utvalgets lovutkast eventuelt blir tatt til følge, men høringsfristen utløp 1.juli 2005 – og ved utløpet av 2006 tas det sikte på å fremme en odelstingsproposisjon med forslag til ny utlendingslov.¹²⁴

¹²⁴ Jf uttalelse fra Kommunal- og regionaldepartementet etter personlig henvendelse.

7 Litteraturliste

- Bunæs, Runa. *Utlendingsrett*. Runa Bunæs, Kristian Ottesen Kvigne, Bjørn Vandvik (red.). 1. utg. Oslo, 2004.
- Halvorsen, Per. (2000). *Rettspsykiateren - dommer uten kappe?* [online]. Tidsskrift for Den Norske Lægeforening. Tilgang: http://www.tidsskriftet.no/pls/lts/pa_lt.visSeksjon?vp_SEKS_ID=24162 [Sisert 14.11.2005].
- Hansen, Irene Palm. *Utvvisning 2001*. Irene Palm Hansen, Gunhild Bolstad. Stensilserie for Juss-Buss nr: 89. Institutt for kriminologi og rettssosiologi. Universitetet i Oslo. 1. utg. Oslo, 2005.
- Hennum, Ragnhild. (2002). *Nye strafferettslige særreaksjoner* [online]. Tilgang: <http://websir.lovdato.no/cgi-lex/wiftbas?JUS=on> [Sisert 18.11.2005].
- Nybø, Stine Dordy. *One strike and you're out – om utvisning av straffedømte utlendinger*. Stine Dordy Nybø, Therese Liljegren. Stensilserie for Juss-Buss ved Institutt for rettssosiologi nr: 72. Universitetet i Oslo. 1. utg. Oslo, 1997.
- Nybø, Stine Dordy. *Om utvisning av straffedømte utlendinger: One strike and you're out*. I: Innvandringspolitikk og utlendingslov – samtidens klagemur. Redigert av Turid Heiberg. 1. utg. Bergen, 1998, s. [295]-308. (Nybø II)
- Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo, 2002.

